

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2010

Volumen II
Primera parte

*Documentos del sexagésimo
segundo período de sesiones*

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2010

Volumen II
Primera parte

*Documentos del sexagésimo
segundo período de sesiones*



ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario... 2009*).

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

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

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

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

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

*

* *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 62.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/2010/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.15.V.1
ISBN: 978-92-1-333455-3
e-ISBN: 978-92-1-057133-3

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas.....	iv
Nota referida a las citas.....	v
Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del Estatuto) (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/632</i> . Nota de la Secretaría.....	1
Reservas a los tratados (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/624 y Add.1 y 2</i> . Decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial.....	3
<i>Documento A/CN.4/626 y Add.1</i> . Decimosexto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial.....	55
Recursos naturales compartidos (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/621</i> . Documento sobre recursos naturales compartidos: viabilidad del trabajo futuro en materia de petróleo y gas, del Sr. Shinya Murase	83
<i>Documento A/CN.4/633</i> . Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	89
Efectos de los conflictos armados en los tratados (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/627 y Add.1</i> . Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial	99
<i>Documento A/CN.4/622 y Add.1</i> . Observaciones e información recibidas de los gobiernos ...	127
Expulsión de extranjeros (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2</i> . Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	147
<i>Documento A/CN.4/628 y Add.1</i> . Información y observaciones recibidas de los gobiernos	281
La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>) (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/630</i> . Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>)»	343
<i>Documento A/CN.4/L.774</i> . Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>)», del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial.....	397
Protección de las personas en casos de desastre (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/629</i> . Tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial.....	403
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (tema 9 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/631</i> . Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial.....	427
Cláusulas de solución de controversias (tema 15 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/623</i> . Nota de la Secretaría.....	461
Lista de documentos del 62.º período de sesiones	477

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
OEА	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIPC-INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización de la Unidad Africana
SAARC	Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UPU	Unión Postal Universal

*

* *

<i>C.I.J. Mémoires</i>	<i>CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.I.J. Resúmenes 1948-1991</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5)</i>
<i>C.I.J. Resúmenes 1992-1996</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7)</i>
<i>C.I.J. Resúmenes 1997-2002</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.V.12)</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)</i>
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	<i>CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)</i>
<i>C.P.J.I. série B</i>	<i>CPJI, Recueil des avis consultatifs (n.ºs 1 a 18, hasta 1930 inclusive)</i>
<i>C.P.J.I. série C</i>	<i>CPJI, Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour (hasta 1930 inclusive); Plaidoiries, exposés oraux et documents (n.ºs 52 a 88, a partir de 1931)</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international (París)</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law (Washington D. C.)</i>
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law (Londres)</i>
ILM	<i>International Legal Materials (Washington D. C.)</i>
ILR	<i>International Legal Reports (Cambridge)</i>

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence
RGDIP *Revue générale de droit international public* (París)
RSA Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Penal Internacional para Rwanda» debe entenderse el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y por «Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

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

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

*

* *

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

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/632

Nota de la Secretaría

*[Original: inglés]
[30 de junio de 2010]*

1. A raíz de la elección de la Sra. Xue Hanqin como miembro de la Corte Internacional de Justicia el 29 de junio de 2010 y su consiguiente dimisión como miembro de la Comisión de Derecho Internacional, ha quedado una vacante en la Comisión.

2. En este caso se aplica el artículo 11 del Estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.
2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.
3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato del miembro que ha de ser elegido por la Comisión expirará a fines de 2011.

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/624 y Add.1 y 2

Decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés]
[31 de marzo, 26 de mayo y 31 de mayo de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	3
Obras citadas en el presente informe.....	5
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
I. LOS EFECTOS DE LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS (CONTINUACIÓN).....	
A. Los efectos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones (continuación).....	1-236 7
1. Las reservas válidas (continuación).....	1-95 7
a) Los efectos de una objeción a una reserva válida.....	1-79 7
i) La entrada en vigor del tratado.....	7-29 8
ii) El contenido de las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.....	30-79 11
b) El efecto de una reserva válida en las normas extraconvencionales.....	80-95 20
2. Las reservas inválidas.....	96-224 22
a) Las reservas inválidas y las Convenciones de Viena.....	96-112 22
b) La nulidad de las reservas inválidas y sus consecuencias.....	113-192 26
i) La nulidad de la reserva inválida.....	113-129 26
ii) Efectos de la nulidad de una reserva inválida.....	130-144 28
iii) Efectos de la nulidad de la reserva sobre el consentimiento de su autor en obligarse por el tratado.....	145-192 32
c) Las reacciones a una reserva inválida.....	193-224 41
i) Aceptación de una reserva inválida.....	195-210 41
ii) Objeción a una reserva inválida.....	211-224 43
3. Ausencia de efectos de una reserva en las relaciones convencionales entre las otras partes contratantes...	225-236 46
B. Los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones.....	237-283 47

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919)	Sociedad de las Naciones, <i>Official Journal</i> , n.º 1, febrero de 1920, pág. 3.
Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand) (París, 27 de agosto de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIV, n.º 2137, pág. 57. En español, <i>Colección legislativa de España</i> , 1.ª serie, t. CXXV, vol. 3, Madrid, 1931.
Convención sobre la unificación del derecho relativo a la letra de cambio y al pagaré (Ginebra, 7 de junio de 1930)	Ibíd., vol. CXLIII, n.º 3313, pág. 257.

Fuente

Convenio estableciendo una ley uniforme en materia de cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931)	Ibíd., n.º 3316, pág. 355.
Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 30, n.º 449.
Protocolo de enmienda a la Convención Internacional sobre Estadísticas Económicas, firmada en Ginebra el 14 de diciembre de 1928 (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 20, n.º 318, pág. 240.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (Nueva York, 28 de abril de 1949)	Ibíd., vol. 71, n.º 912, pág. 101.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Ibíd., vol. 1525, n.º 2889, pág. 198.
Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (con anexos) (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 282, n.º 4101, pág. 306.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1642, anexo A, n.º 14468, pág. 433.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Convenio Internacional del Azúcar de 1968 (Nueva York, 24 de octubre de 1968)	Ibíd., vol. 654, n.º 9369, pág. 226.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR) (Ginebra, 14 de noviembre de 1975)	Ibíd., vol. 1079, n.º 16510, pág. 89 y vol. 1142, pág. 413. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 34, 9 de febrero de 1983, pág. 3487.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (con protocolos) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, n.º 22495, pág. 196.

Fuente

Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., pág. 205.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Ibíd., vol. 1673, n.º 28911, pág. 57.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias (Estrasburgo, 5 de noviembre de 1992)	Ibíd., vol. 2044, n.º 35358, pág. 575. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 222, 15 de septiembre de 2001, pág. 34733.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Ibíd., vol. 2515, n.º 44910, pág. 154.

Obras citadas en el presente informe

- ABI-SAAB, Georges
«Interprétation' et 'Auto-interprétation': Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international», en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlín, Springer, 1995, págs. 9 a 19.
- BARATTA, Roberto
Gli effetti delle riserve ai trattati, Milán, Giuffrè, 1999.
«Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded», *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2 (2000), págs. 413 a 425.
- BOURGUIGNON, Henry J.
«The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law* (Charlottesville), vol. 29, n.º 2 (primer trimestre de 1989), págs. 347 a 386.
- BOWETT, Derek William
«Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», *BYBIL* 1957, págs. 176 a 202.
«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *BYBIL* 1976-1977, págs. 67 a 92.
- CAMERON, Iain y Frank HORN
«Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), págs. 69 a 129.
- CLARK, Belinda
«The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», *AJIL*, vol. 85 (1991), págs. 281 a 321.
- COCCIA, Massimo
«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15, n.º 1 (primer trimestre de 1985), págs. 1 a 51.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
«Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», *RGDIP*, vol. 93, 1989/2, págs. 273 a 315.
- CRAWFORD, James y Alain PELLET
«Aspects des modes continentaux et Anglo-Saxons de plaidoiries devant la C.I.J.», en *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden y Boston, Nijhoff, 2008, págs. 831 a 867.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU y Alain PELLET
Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 8.ª ed., París, LGDJ, 2010.
- DE VATEL, Emer
Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Washington, Carnegie Institution, 1916.
Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos, t. 1, París, Casa de Masson, 1824.
- EDWARDS JR., Richard W.
«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 10, n.º 2 (segundo trimestre de 1989), págs. 362 a 405.
- GAJA, Giorgio
«Unruly treaty reservations», en *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, págs. 307 a 330.
«Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», en *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2008, vol. I, págs. 349 a 361.
- GOODMAN, Ryan
«Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent», *AJIL*, vol. 96, n.º 3 (julio de 2002), págs. 531 a 560.
- GREIG, D. W.
«Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Year Book of International Law*, vol. 16 (1995), págs. 21 a 172.
- GUGGENHEIM, Paul
«La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1949-I*, t. 74, París, Sirey, págs. 191 a 268.

- HEYMANN, Monika
Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen, Berlín, Duncker & Humblot, 2005.
- HERDEGEN, Matthias
 «Interpretation in International Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>.
- HORN, Frank
Reservations and Interpretive Declarations to Multilateral Treaties, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1988.
- IMBERT, Pierre-Henri
 «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *AFDI*, t. XXIV (1978), págs. 29 a 58.
Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, París, Pedone, 1979.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, partes 2 a 4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- KLABBERS, Jan
 «Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties», *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), págs. 179 a 193.
- KOH, Jean Kyongun
 «Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23 (1982-1983), págs. 71 a 116.
- KOLB, Robert
Interprétation et création du droit international, Bruselas, Bruylant, 2006.
- MARKS, Susan
 «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, parte 2 (abril de 1990), págs. 300 a 327.
- MCRÆ, D. M.
 «The legal effect of interpretative declarations», *BYBIL* 1978, págs. 155 a 173.
- MENDELSON, Maurice H.
 «Reservations to the Constitutions of International Organizations», *BYBIL* 1971, págs. 137 a 171.
- MÜLLER, Daniel
 «Article 20», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 797 a 882.
- PELLET, Alain
 «Article 19», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 641 a 788.
- REDGWELL, Catherine
 «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», *BYBIL* 1993, págs. 245 a 282.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum., París, Presses Universitaires de France, 1995.
- RIQUELME CORTADO, Rosa
Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena, Murcia, Universidad de Murcia, 2004.
- RUDA, José María
 «Reservation to treaties», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, págs. 95 a 218.
- SALMON, Jean (ed.)
Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.
- SAPIENZA, Rosario
Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Milán, Giuffrè, 1996.
 «Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités», *RGDIP*, t. CIII (1999), págs. 601 a 629.
- SCHABAS, William A.
 «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXII, n.º 2 (1995), págs. 277 a 325.
- SCHERMERS, H. G.
 «The suitability of reservations to multilateral treaties», *Netherlands International Law Review*, vol. VI (1959), págs. 350 a 361.
- SIMMA, Bruno
 «Reservations to Human Rights Treaties—Some Recent Developments», en *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*, La Haya, Kluwer, 1998, págs. 659 a 682.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2.ª ed. rev. y aum., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly
 «The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1 (1996), págs. 67 a 88.
- SZAFARZ, Renata
 «Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international* (Breslavia), vol. 3 (1970), págs. 293 a 316.
- TEBOUL, Gérard
 «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *RGDIP*, t. LXXXVI (1982), págs. 679 a 717.
- TOMUSCHAT, Christian
 «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27 (1967), págs. 463 a 482.
 «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 281, págs. 23 a 433.
- VOICU, Ioan
De l'interprétation authentique des traités internationaux, París, Pedone, 1968.
- WEIL, Prosper
 «Vers une normativité relative en droit international?», *RGDIP*, t. LXXXVI (1982), págs. 8 a 47.
- ZEMANEK, Karl
 «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», en *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 323 a 336.

Los efectos de las reservas y las declaraciones interpretativas (*continuación*)

A. Los efectos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones (*continuación*)

1. LAS RESERVAS VÁLIDAS (CONTINUACIÓN)

a) *Los efectos de una objeción a una reserva válida*

1. A diferencia de lo que ocurre con la aceptación de una reserva válida, la objeción a una reserva puede producir efectos muy diversos entre el autor de la reserva y el autor de la objeción. La elección queda en gran medida (aunque no totalmente) a criterio de este último, que puede modular los efectos jurídicos posibles del binomio reserva-objeción. Así, puede decidir, conforme al artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986), que el tratado no entrará en vigor entre sí mismo y el autor de la reserva manifestando «inequívocamente» (la versión inglesa utiliza el término «*definitely*») esa intención. Pero el autor de la objeción también puede «optar» por no oponerse a la entrada en vigor del tratado entre sí mismo y el autor de la reserva o, más exactamente, abstenerse de manifestar la intención contraria. En este último caso, y si el tratado entra efectivamente en vigor para ambas partes¹, las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de la objeción se modifican conforme a lo dispuesto en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (en adelante, las Convenciones de Viena). Por consiguiente, los efectos concretos de una objeción a una reserva válida sobre la propia existencia de una relación convencional o sobre su contenido pueden ser múltiples y variar en relación con un mismo tratado.

2. No obstante, la función principal de cada objeción y su efecto básico siguen siendo muy simples. Al contrario que la aceptación, la objeción constituye el rechazo de la reserva por su autor. Como afirmó claramente la CIJ en su opinión consultiva de 1951 *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ningún Estado puede estar vinculado por una reserva a la que no haya consentido².

Ese es el efecto fundamental del propio principio del consensualismo en que se basa todo el derecho de los tratados y, particularmente, el régimen de las reservas: el tratado es un instrumento consensual por excelencia, cuya fuerza procede de la voluntad de los Estados. Las reservas son «consustanciales» al consentimiento de un Estado a quedar vinculado por el tratado³.

¹ Sobre la cuestión de cuándo entra en vigor el tratado para el autor de la reserva, véase la directriz 4.2.1 (Calidad del autor de la reserva efectiva) (*Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 250) y los párrafos 7 a 29 *infra*.

² C.I.J. *Recueil 1951*, pág. 26. Véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

³ Véase, por ejemplo, *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 83.

3. Por consiguiente, la objeción se analiza ante todo como el rechazo del Estado que la formula a consentir la reserva e impide, como tal, la efectividad de la reserva en relación con el Estado o la organización internacional autor de la objeción, en el sentido del artículo 21, párr. 1, de las Convenciones de Viena y de la directriz 4.1⁴. Como ha subrayado la Comisión en su comentario a la directriz 2.6.1 (Definición de objeción):

La negativa a aceptar una reserva es exactamente el objeto mismo de una objeción en el sentido pleno y habitual de la palabra⁵.

4. Por consiguiente, a diferencia de la aceptación, la objeción impide oponer la reserva a quien la formula. Es evidente que este efecto sólo puede producirse si la reserva no ha sido ya aceptada (expresa o tácitamente) por el autor de la objeción. Una cosa excluye definitivamente a la otra, en lo que respecta en todo caso a los efectos de la aceptación. A este respecto, la directriz 2.8.12 (Carácter definitivo de la aceptación de una reserva) establece:

La aceptación de una reserva no podrá ser retirada ni modificada⁶.

5. Para poner de relieve esta función, a la vez primaria y fundamental, de la objeción, la directriz 4.3, que inaugura la sección de la Guía de la práctica relativa a los efectos de una objeción a una reserva válida, podría reafirmar, por una parte, que la aceptación de una reserva es irreversible y, por otra, que la objeción impide que la reserva pueda oponerse al Estado objetante:

4.3 *Efecto de la objeción a una reserva válida*

La formulación de una objeción a una reserva válida impide que ésta pueda oponerse al Estado o la organización internacional autor de la objeción, a no ser que la reserva sea efectiva en relación con ese Estado o esa organización internacional.

6. No obstante, la imposibilidad de oponer la reserva al Estado o la organización internacional autor de la objeción dista de resolver todas las cuestiones relacionadas con el efecto de una objeción. La inoponibilidad puede tener diversos efectos tanto en lo que respecta a la entrada en vigor del tratado como en lo que se refiere, una vez que el tratado entra en vigor entre el autor de la reserva y el de la objeción, al propio contenido de la relación convencional establecida.

i) *La entrada en vigor del tratado*

a. La presunción de entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el que formula la objeción

7. Del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986 —que, dejando de lado la referencia a una organización internacional contratante, es de todo punto comparable a la disposición correspondiente de la

⁴ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 199 a 206.

⁵ *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 13 del comentario *in fine*.

⁶ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

Convención de Viena de 1969— se desprende que, en principio, la objeción a una reserva tiene como consecuencia que el tratado entra en vigor entre el Estado que formula la objeción y el Estado autor de la reserva:

La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya hecho la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva.

Si bien tal objeción, denominada «simple» o de «efecto mínimo»⁷, no tiene como efecto inmediato la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre ambos Estados⁸—como ocurre con la aceptación—, no se opone a que dicha entrada en vigor se produzca.

8. No obstante, sólo se trata de una presunción, que puede ser revertida por el autor de la objeción. En efecto, el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 continúa del siguiente modo: «a menos que el Estado o la organización autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria». Por tanto, el autor de la objeción también puede optar por que no exista ninguna relación convencional con el autor de la reserva, siempre que lo haga «inequívocamente».

9. El sistema establecido por las Convenciones de Viena corresponde a la solución adoptada por la CIJ desde su ya mencionada opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, según la cual:

Cada Estado que formula una objeción a una reserva [...] puede o no considerar al Estado autor de la reserva como parte en la Convención⁹.

10. El sentido de la presunción no deja de ser sorprendente. Tradicionalmente, en relación directa con el principio del consensualismo, la objeción tenía como efecto inmediato que el Estado autor de la reserva no podía aspirar a la condición de Estado parte en el tratado¹⁰, lo que acostumbra a calificarse de efecto «máximo» de la objeción. Esta solución se imponía en el sistema de unanimidad, en el que incluso una sola objeción impedía el consentimiento unánime de los demás Estados contratantes; no se admitía ninguna excepción. El Estado autor de la reserva debía forzosamente retirar o modificar su reserva para llegar a ser parte en el tratado. Esta norma era tan evidente que los primeros Relatores Especiales de la Comisión, que se atenían al sistema de la unanimidad, ni siquiera la formularon en sus proyectos sucesivos.

11. La «revolución» introducida por el sistema «flexible» preconizado por el Sr. Waldock¹¹ no le llevó sin embargo a renunciar al principio tradicional según el cual

⁷ *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), pág. 53, párr. 95. Véase también Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados. lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, págs. 279 y 280; y Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, págs. 170 a 172.

⁸ Dado que el tratado está ya en vigor o llega a estarlo por la adhesión del Estado autor de la aceptación (véanse las directrices 4.2.1 a 4.2.3 y *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 239 a 252).

⁹ Véase la nota 2 *supra*.

¹⁰ Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, págs. 155 y 260.

¹¹ Pellet, «Article 19», págs. 664 a 668, párrs. 44 a 55.

la objeción «impedirá la entrada en vigor del tratado»¹². El Relator Especial tampoco admitía ninguna diferencia importante en relación con el sistema tradicional, ya que consideraba que la objeción sólo tenía un efecto relativo: en lugar de impedir que el Estado autor de la reserva llegara a ser parte en el tratado, sólo estaba llamada a entrar en juego en las relaciones entre el Estado que había formulado la reserva y el Estado autor de la objeción¹³.

12. No obstante, a fin de acercar el proyecto a la solución adoptada en la opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de la CIJ¹⁴ y a raíz de las críticas y dudas expresadas por numerosos miembros de la Comisión¹⁵, la solución radical propuesta por el Sr. Waldock fue abandonada en aras de una mera presunción en favor del efecto máximo, con la posibilidad de optar por el efecto mínimo. Así, el proyecto de artículo 20, párr. 2, apdo. *b*, aprobado en primera lectura, establecía:

Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considere incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria¹⁶.

13. Sin embargo, durante la discusión en la Sexta Comisión de la Asamblea General, Checoslovaquia y Rumania defendieron que se invirtiera la presunción a fin de que la norma contribuyera más «a ampliar las relaciones convencionales entre los Estados e [impidiera] la formación, poco deseable, de una solución de continuidad en los lazos jurídicos que unen a los Estados»¹⁷. No obstante, pese a las intervenciones favorables de ciertos miembros de la CDI durante el examen en segunda lectura del proyecto¹⁸, esta postura no se reprodujo en el proyecto final de la CDI.

14. Sin embargo, la cuestión volvió a plantearse con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Las propuestas de Checoslovaquia¹⁹, la República Árabe Siria²⁰ y la Unión de Repúblicas

¹² Véase el proyecto de artículo 19, párr. 4, apdo. *c*, presentado por el Sr. Waldock en 1962, en su primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 71. Por lo demás, esta solución suele presentarse como la única basada en el sentido común. Véase, por ejemplo, Reuter, *Introduction au droit des traités*, pág. 75, párr. 132.

¹³ Sobre este extremo, véanse también los comentarios de la Comisión al proyecto de artículo 20, párr. 2, apdo. *b*, en *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 209, párr. 23.

¹⁴ Véase la nota 2 *supra*.

¹⁵ Véase especialmente las declaraciones de los Sres. Tunkin (*Anuario... 1962*, vol. I, 653.ª sesión, pág. 168, párr. 26, y 654.ª sesión, pág. 174, párr. 11); Rosenne (ibíd., 653.ª sesión, párr. 30); Jiménez de Aréchaga (ibíd., pág. 170, párr. 48); de Luna (ibíd., pág. 172, párr. 66) y Yasseen (ibíd., 654.ª sesión, pág. 173, párr. 6). El Relator Especial, Sr. Waldock, también se mostró favorable a introducir la presunción (ibíd., págs. 174 y 175, párrs. 17 y 20).

¹⁶ Ibíd., vol. II, pág. 203 y pág. 209, párr. 23.

¹⁷ Véase el resumen de las observaciones de Checoslovaquia y Rumania en *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 50.

¹⁸ Véanse las intervenciones de los Sres. Tunkin (ibíd., vol. I, 799.ª sesión, pág. 174, párr. 39) y Lachs (ibíd., 813.ª sesión, pág. 278, párr. 62).

¹⁹ A/CONF.39/C.1/L.85, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), pág. 146.

²⁰ A/CONF.39/C.1/L.94, ibíd.

Socialistas Soviéticas²¹ tenían por objeto invertir la presunción establecida por la Comisión. Aunque calificada de anodina por algunas delegaciones²², esta inversión de la presunción constituía una modificación considerable de la propia lógica del mecanismo de la aceptación y la objeción²³. Fue justamente ese motivo lo que justificó el rechazo del principio de la inversión de la presunción en 1968²⁴. Sin embargo, durante el segundo período de sesiones de la Conferencia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas volvió a presentar una enmienda profusamente argumentada en este sentido²⁵ insistiendo en el derecho soberano de cada Estado de formular reservas y apoyándose en la opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de la CIJ²⁶. Esa enmienda fue finalmente aprobada²⁷ y la presunción del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención quedó invertida en relación con la propuesta por la Comisión.

15. Las dificultades con que tropezó la Conferencia para aceptar la enmienda de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas indican claramente que la inversión de la presunción distaba de ser tan anodina como había afirmado el Sr. Waldock, que ejerció la función de consultor técnico durante la Conferencia. En efecto, el problema no se limita en modo alguno a «formular una norma de una manera o de otra»²⁸: en particular, esta nueva fórmula se encuentra en el origen de las dudas que a menudo se expresan en relación con la función de la objeción y las diferencias reales que existen entre la aceptación y la objeción²⁹.

16. En cualquier caso, la presunción nunca se ha cuestionado desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969. Durante la elaboración de la Convención de Viena de 1986, la Comisión se limitó pura y simplemente a

²¹ A/CONF.39/C.1/L.115, *ibid.*, pág. 143, párr. 175, apdo. *a*.

²² Por ejemplo, la República Árabe Unida consideraba que esas enmiendas planteaban una cuestión meramente formal (*ibid.*, *primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 24.ª sesión, pág. 140, párr. 24).

²³ Véase la intervención a este respecto de Suecia, que subrayaba que «la fórmula de la Comisión de Derecho Internacional puede tener la ventaja de disuadir a los Estados de que formulen reservas» (*ibid.*, 22.ª sesión, pág. 129, párr. 35). Polonia expresó su apoyo a las enmiendas precisamente porque tendían a favorecer la formulación de reservas y el establecimiento de un vínculo contractual (*ibid.*, pág. 130, párr. 44), lo que, en opinión de la Argentina, «sería excederse en la aplicación del criterio de la flexibilidad» (*ibid.*, 24.ª sesión, pág. 143, párr. 43).

²⁴ *Ibid.*, 25.ª sesión, pág. 149, párrs. 35 y ss.

²⁵ A/CONF.39/L.3, *ibid.*, *períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, págs. 283 y 284.

²⁶ Especialmente en relación con la respuesta a la segunda cuestión, en la que la Corte afirmaba que el Estado autor de una objeción «puede, de hecho, considerar que el Estado que ha formulado esa reserva es parte en la Convención» (*C.I.J. Recueil 1951*, pág. 30).

²⁷ Por 49 votos contra 21 y 30 abstenciones (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11/Add.1 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), décima sesión plenaria, pág. 37, párr. 79).

²⁸ *Ibid.*, pág. 36, párr. 74. Véase también Imbert, *op. cit.*, págs. 156 y 157.

²⁹ Horn, *op. cit.*, págs. 172 y 173.

transponerla. Por consiguiente, no parece posible ni realmente necesario que, en el marco de los trabajos sobre las reservas a los tratados, se deshaga el compromiso alcanzado *in extremis* durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, por singular que sea. Según la presunción que actualmente forma parte del derecho internacional positivo, la norma sigue siendo que la objeción no impide la entrada en vigor del tratado, a menos que no exista ninguna relación convencional entre el autor de la objeción y el de la reserva.

- b. El efecto de una objeción de efecto máximo: exclusión de las relaciones convencionales entre el autor de la objeción y el autor de la reserva

17. El artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena no deja ninguna duda sobre el efecto que produce una objeción acompañada de la intención manifestada inequívocamente de no aplicar el tratado entre el autor de la objeción y el autor de la reserva conforme a la directriz 2.6.8 (Manifestación de la intención de impedir la entrada en vigor del tratado)³⁰. En ese caso, la objeción produce su «efecto máximo».

18. Esta norma es objeto de la directriz 4.3.4, que reproduce, en lo esencial, los términos del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986:

4.3.4 *No entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de una objeción de efecto máximo*

La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva válida no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya hecho la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva, a menos que el Estado o la organización autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria [, conforme a la directriz 2.6.8].

19. La expresión entre corchetes tiene por objeto remitir a una directriz estrechamente relacionada con ella. No obstante, esta precisión podría incluirse únicamente en el texto del comentario.

20. Como indicó la Comisión en el comentario de la directriz 2.6.8, las Convenciones de Viena no especifican el momento en el que el autor de la objeción debe manifestar la intención de oponerse a la entrada en vigor del tratado³¹. No obstante, la Comisión estimó que, de conformidad con la presunción establecida en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena, una objeción que no va acompañada de la manifestación inequívoca de esa intención no impide la entrada en vigor del tratado entre el autor de la objeción y el autor de la reserva ni, en ciertos casos, la entrada en vigor del propio tratado. Este efecto jurídico no puede cuestionarse por la

³⁰ Esta directriz está redactada del siguiente modo: «Cuando un Estado o una organización internacional que hace una objeción a una reserva quiera impedir la entrada en vigor del tratado entre ese Estado o esa organización y el Estado o la organización internacional autor de la reserva, deberá manifestar inequívocamente esa intención antes de que de otro modo el tratado entre en vigor entre ellos» (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 123).

³¹ *Ibid.*, párr. 4 del comentario a la directriz 2.6.8.

formulación posterior de la intención contraria. Por lo demás, esta idea ya ha sido expresada en la directriz 2.6.8, que dispone que la intención de oponerse a la entrada en vigor del tratado debe manifestarse «antes de que de otro modo el tratado entre en vigor entre [el autor de la objeción y el autor de la reserva]»³². En cualquier caso, esta directriz se refiere al procedimiento de formulación de la intención que debe seguirse y no a sus efectos; tal vez sea útil recordar este principio en la parte de la Guía de la práctica relativa al efecto jurídico de una objeción de efecto máximo. Sin embargo, la directriz 4.3.4 utiliza la expresión «no impedirá la entrada en vigor», lo que implica que el tratado no está en vigor entre el autor de la reserva y el autor de la objeción cuando ésta se formula.

21. En concreto, la no entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción tiene como consecuencia que no exista ninguna relación convencional entre ellos, incluso si, como suele ser el caso, uno y otro pueden ser considerados partes contratantes en el tratado en el sentido de las Convenciones de Viena. El mero hecho de que una parte rechace la reserva y no desee estar vinculada por las disposiciones del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva no implica necesariamente que este último no pueda pasar a ser parte contratante conforme a la directriz 4.2.1. En efecto, en el marco del régimen general, basta con que otro Estado u otra organización internacional acepte expresa o tácitamente la reserva para que el autor de ésta sea considerado parte contratante en el tratado. La falta de relación convencional entre el autor de la objeción de efecto máximo y el autor de la reserva sólo produce, *a priori*, efectos entre ellos³³.

c. El efecto de las demás objeciones en la entrada en vigor del tratado

22. En cualquier caso, a falta de manifestación inequívoca de la intención contraria, una objeción —que puede calificarse de «simple»— a una reserva válida no implica *ipso facto* la entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción, como ocurre con las aceptaciones. Eso constituye, por lo demás, una de las diferencias fundamentales entre la objeción y la aceptación, lo que, junto a otras consideraciones, permite afirmar que la objeción no es «el equivalente de la aceptación», como a menudo se ha sostenido y se sostiene³⁴. Según el

³² Véase la nota 30 *supra*, e *ibíd.*, párr. 5 del comentario a la directriz 2.6.8.

³³ La CIJ reconoció en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* que «[t]al decisión normalmente sólo tendrá efectos en las relaciones entre el Estado autor de la reserva y el que ha formulado una objeción al respecto» (*C.I.J. Recueil 1951*, pág. 26). Véase, no obstante, el párrafo 27 *infra*.

³⁴ Véanse la intervención del Sr. Yasseen (*Anuario... 1965*, vol. I, 814.ª sesión, pág. 282, párr. 5) y las dudas expresadas por el Sr. Tsunokawa (*ibíd.*, 800.ª sesión, pág. 181, párr. 40); Koh, «Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision», pág. 102; Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», pág. 35; Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 326 a 329; Klabbbers, «Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties», pág. 181; Ruda, «Reservations to treaties», págs. 198 y 199; Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», pág. 74; y Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», págs. 332 y 333. Véase también el primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 158, párr. 123.

tenor del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986, que se reproduce en la directriz 4.3.4, una objeción de ese tipo «no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya hecho la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva». De todos modos, si bien tal objeción no impide la entrada en vigor del tratado, no afecta a la cuestión de si el autor de la reserva pasa o no a ser parte contratante en el tratado y no lleva necesariamente aparejado que el tratado entre en vigor entre el autor de la objeción y el autor de la reserva.

23. Ese efecto —o más bien esa falta de efecto— de la objeción simple en el establecimiento y la existencia de una relación convencional entre su autor y el autor de la reserva se desprende directamente de la redacción del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena, como a veces recuerdan los Estados cuando formulan una objeción. La objeción hecha por los Países Bajos a la reserva formulada por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye un ejemplo particularmente esclarecedor:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, las presentes objeciones no constituyen un obstáculo para la entrada en vigor del Pacto entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos³⁵.

En este caso, los Países Bajos estimaron útil recordar que su objeción no constituye un obstáculo para la entrada en vigor del tratado en relación con los Estados Unidos y que, si el tratado entra en vigor, su relación convencional deberá determinarse conforme al artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969.

24. Ese efecto —o falta de efecto— de una objeción simple en la entrada en vigor del tratado podría enunciarse en la directriz 4.3.1, que, al margen de algunos ajustes meramente formales, reproduce fielmente los términos del artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986:

4.3.1 Efecto de la objeción en la entrada en vigor del tratado entre su autor y el autor de la reserva

La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva válida no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya hecho la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva, con la excepción del caso previsto en la directriz 4.3.4.

25. Para que el tratado entre efectivamente en vigor entre el autor de la objeción y el autor de la reserva es necesario y suficiente que el tratado haya entrado en vigor y que el autor de la reserva y el autor de la objeción sean partes contratantes en él. Dicho de otro modo, la reserva debe hacerse efectiva mediante la aceptación de otro Estado u otra organización internacional, en el sentido de la directriz 4.2.1. Por consiguiente, dejando de lado el supuesto previsto en la directriz 4.3.2, la entrada en vigor efectiva del tratado entre el autor de la reserva y el autor de una

³⁵ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1^{er} avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3) (ST/LEG/SER.E/26), cap. IV.4.

objeción a esa reserva no depende de la propia objeción, sino de la efectividad de la reserva; tal efectividad escapa completamente al autor de la objeción.

26. En concreto, un tratado que está sometido al régimen general de consentimiento establecido en el artículo 20, párr. 4, de las Convenciones de Viena sólo entra en vigor para el Estado o la organización internacional que formula la reserva si ésta ha sido aceptada al menos por otra parte contratante (conforme al artículo 20, párr. 4, apdo. c, de las Convenciones de Viena). Sólo si la reserva se hace efectiva de este modo podrá establecerse una relación convencional entre el autor de la reserva y el autor de una objeción simple. No obstante, esta relación convencional está sometida a las restricciones del artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena³⁶. La directriz 4.3.2 se propone aclarar el momento en que el tratado entra efectivamente en vigor entre el autor de la objeción y el autor de la reserva:

4.3.2 Entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción

El tratado entrará en vigor entre el autor de la reserva y el Estado contratante o la organización contratante que haya hecho la objeción una vez que el tratado entre en vigor y el autor de la reserva pase a ser parte contratante conforme a la directriz 4.2.1.

27. No obstante, la situación varía cuando, por un motivo u otro, la reserva sólo se hace «efectiva» si las partes contratantes la aceptan unánimemente, como sucede, por ejemplo, con los tratados de participación restringida³⁷. En tal caso, cualquier objeción —simple o calificada— tiene efectos mucho más importantes en la cuestión de la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre todas las partes contratantes, por un lado, y el autor de la reserva, por otro. En efecto, la objeción impide la efectividad de la reserva como tal. Aunque el artículo 20, párr. 4, apdo. b, de las Convenciones de Viena fuera aplicable a este caso concreto —lo que dista de ser seguro si se tiene en cuenta el encabezamiento de este párrafo³⁸— la reserva no sería efectiva y, por consiguiente, el autor de la reserva nunca podría pasar a ser parte contratante. En ese caso, la objeción —simple o calificada— constituye un obstáculo insuperable para el autor de la reserva y para que todas las partes contratantes establezcan relaciones convencionales con el autor de la reserva. Sólo el retiro de la reserva o de la objeción puede desbloquear esta situación.

28. Aunque esta solución se desprende ya de las directrices 4.1.2 y 4.2.1, no es ocioso recordar este importante efecto de la objeción a una reserva cuando se requiere la aceptación unánime:

4.3.3 No entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva cuando se requiere la aceptación unánime

Si la aceptación unánime es necesaria para la efectividad de la reserva, la objeción hecha por un Estado

³⁶ Véanse los párrafos 31 a 64 *infra*.

³⁷ En «los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa»; véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 223 a 233.

³⁸ «En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa.»

contratante o por una organización contratante a una reserva válida impedirá la entrada en vigor del tratado para el Estado o la organización autor de la reserva.

29. Por lo demás, puede plantearse el caso de que un Estado o una organización miembro de una organización internacional formule una objeción a una reserva hecha por otro Estado u otra organización internacional al acto constitutivo de la organización. No obstante, tal objeción, con independencia de su contenido, carece de todo efecto jurídico. La Comisión aprobó ya la directriz 2.8.11 (Reacción de un miembro de una organización internacional a una reserva al instrumento constitutivo), según la cual:

La directriz 2.8.7 no excluye que los Estados o las organizaciones internacionales miembros de una organización internacional tomen posición sobre la validez o la oportunidad de una reserva al instrumento constitutivo de la organización. Tal posicionamiento carece en sí mismo de efectos jurídicos³⁹.

ii) El contenido de las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de la objeción

30. El abanico de posibles efectos de una objeción es bastante amplio⁴⁰. La no aplicación pura y simple del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción es el supuesto más simple (objeción de efecto máximo (secc. *d infra*)), aunque actualmente no es sino un caso marginal, sobre todo debido a la inversión de la presunción del artículo 20, párr. 4, apdo. b, de las Convenciones de Viena⁴¹. Hoy día, la inmensa mayoría de las objeciones está destinada a producir efectos muy distintos: el Estado que objeta no se opone a la entrada en vigor del tratado en relación con el autor de la reserva, sino que su intención es modular la relación convencional adaptándola a sus propias posiciones. Conforme al artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, esta relación se traduce en principio en la no aplicación parcial del tratado (objeción de efecto mínimo (secc. *a infra*)). Sin embargo, la práctica de los Estados ha desarrollado otras formas de objeción cuyos efectos se alejan de los previstos en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, bien porque excluyen la aplicación de ciertas disposiciones del tratado a las que (como tales) no se refiere la reserva (objeción de efecto intermedio (secc. *b infra*)), bien porque pretenden que el tratado se aplique sin ninguna modificación (objeción de efecto supermáximo (secc. *c infra*)).

a. El efecto de la objeción de efecto mínimo en las relaciones convencionales

31. En el marco del sistema tradicional de la unanimidad era inconcebible que una objeción pudiera tener cualquier efecto que no fuera la no participación del autor de la reserva en el tratado⁴²: la objeción ponía en peligro la

³⁹ Para los comentarios de esta directriz, véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 84. La directriz 2.8.7 (Aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional) estipula lo siguiente: «Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización».

⁴⁰ Véase el párrafo 1 *supra*.

⁴¹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 192, y los párrafos 7 a 16 *supra*.

⁴² Véase Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», pág. 146; y Horn, *op. cit.*, pág. 170.

unanimidad e impedía que el Estado autor de la reserva pasara a ser parte en el tratado. Ante lo que a la sazón se presentaba como una evidencia, ni los Sres. Brierly ni Fitzmaurice discutieron los efectos de las objeciones a las reservas, y el Sr. Lauterpacht apenas los mencionó en sus propuestas *de lege ferenda*⁴³.

32. En su primer informe, el Sr. Waldock tampoco estimó necesario interesarse por la cuestión de los efectos de una objeción a una reserva. Ello se explica porque en virtud de su proyecto de artículo 19, párr. 4, apdo. c, la objeción impedía que el tratado entrara en vigor en las relaciones bilaterales entre el Estado autor de la reserva y el Estado objetante⁴⁴. Pese al cambio de esta solución categórica por una simple presunción, el proyecto de artículos aprobado en primera lectura guardaba silencio sobre los efectos concretos de una objeción que no impidiera la entrada en vigor del tratado entre su autor y el Estado autor de la reserva. En cualquier caso, a pocos Estados les preocupó este silencio⁴⁵.

33. Sin embargo, la observación formulada por los Estados Unidos⁴⁶ atrajo la atención del Relator Especial y de la Comisión sobre este problema. Aunque el establecimiento de relaciones convencionales pese a la existencia de una objeción fuera considerado, acertadamente en ese momento, como un caso «poco corriente»⁴⁷, los Estados Unidos estimaron que era necesario contemplar ese tipo de situaciones y propusieron incluir un párrafo nuevo con el siguiente tenor:

Quando un Estado rechazara u objetare una reserva pero se considerare en relaciones convencionales con el Estado que la hubiere formulado, las disposiciones objeto de la reserva no se aplicarán entre los dos Estados⁴⁸.

34. Las explicaciones de los Estados Unidos convencieron al Sr. Waldock en cuanto a la necesidad «lógica» de integrar ese supuesto en el proyecto de artículo 21. El Relator Especial propuso un nuevo párrafo, redactado de forma sensiblemente diferente a la propuesta de los Estados Unidos:

Quando un Estado opusiere objeciones a la reserva de otro Estado, pero a pesar de ello los dos Estados se consideraren recíprocamente obligados por el tratado, la disposición a que se refiere la reserva no se aplicará en las relaciones entre esos dos Estados⁴⁹.

Por lo demás, la CIJ se pronunció en el mismo sentido en 1951 en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

Por último, es posible que un Estado, sin invocar que una reserva es incompatible con el objeto y el fin de la Convención, formule no obstante una objeción contra ella, pero que exista un acuerdo entre dicho

⁴³ Proyectos alternativos C y D de artículo 9, primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, pág. 92. En español, véase el documento A/CN.4/63, págs. 9 y 10.

⁴⁴ Véase el párrafo 11 *supra*.

⁴⁵ Sólo dos Estados plantearon claramente el problema: Dinamarca (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 47) y los Estados Unidos (*ibíd.*, págs. 49 y 57).

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 57.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 58, párr. 3 de las observaciones y propuestas del Relator Especial sobre el artículo 21.

Estado y el autor de la reserva en virtud del cual la Convención entre en vigor entre ellos, con la excepción de las cláusulas afectadas por la reserva⁵⁰.

35. La Comisión mantuvo una animada discusión sobre el proyecto de párrafo 3. El Sr. Castrén fue el único que sostuvo que el supuesto de una reserva contra la que se había formulado una objeción simple estaba suficientemente regulado por el párrafo 1, apdo. b, del proyecto de artículo 21⁵¹. La mayoría de los miembros⁵² estimaba necesario, e incluso «indispensable»⁵³, introducir una disposición «para evitar situaciones confusas»⁵⁴. Sin embargo, los miembros de la Comisión permanecieron divididos sobre la explicación del efecto previsto por el nuevo párrafo propuesto por los Estados Unidos y por el Relator Especial: mientras que la propuesta del Sr. Waldock hacía hincapié en el fundamento consensual de la relación convencional establecida pese a la objeción, la disposición propuesta por los Estados Unidos parecía implicar que el efecto previsto sólo se desprendía del acto unilateral del Estado objetante, es decir, de la objeción, sin que el Estado autor de la reserva tuviera verdaderamente posibilidad de elegir. Las dos tesis encontraron partidarios en el seno de la Comisión⁵⁵.

36. Sin embargo, el texto finalmente aprobado por la Comisión por unanimidad⁵⁶ es muy neutro e indica claramente que la cuestión no quedó zanjada en el seno de la Comisión. En efecto, el Relator Especial consideró que podía «admitir las dos tesis acerca del párrafo que se añadiría» dado que «el efecto práctico de ambas versiones sería aproximadamente el mismo y en esa situación concreta ambos Estados estarían sin duda dispuestos a considerar en vigor entre ellos el tratado sin las disposiciones objeto de la reserva»⁵⁷.

37. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, el párrafo 3 de lo que más tarde se convirtió en artículo 21 apenas suscitó problemas durante los debates, con excepción de algunos cambios desafortunados, que la Conferencia rectificó con bastante rapidez.

38. Sin embargo, el episodio reviste cierto interés para comprender el artículo 21, párr. 3. El Comité de Redacción de la Conferencia, presidido por el Sr. Yasseen —quien en el seno de la Comisión había expresado dudas sobre la distinción entre la aceptación y la objeción en lo que respecta a sus efectos respectivos en las relaciones

⁵⁰ *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 27.

⁵¹ *Anuario... 1965*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 179, párr. 15.

⁵² Sres. Ruda (*ibíd.*, párr. 13); Ago (*ibíd.*, 814.ª sesión, pág. 282, párrs. 7 y 11); Tunkin (*ibíd.*, párr. 8) y Briggs (págs. 282 y 283, párr. 14).

⁵³ Véase la intervención del Sr. Ago (*ibíd.*, pág. 282, párr. 7).

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Los Sres. Yasseen (*ibíd.*, 800.ª sesión, pág. 179, párr. 7, y pág. 180, párrs. 21 a 23 y 26), Tunkin (*ibíd.*, párr. 18) y Pal (*ibíd.*, párr. 24) expresaron las mismas dudas que el Relator Especial (*ibíd.*, pág. 181, párr. 31); por el contrario, el Sr. Rosenne, apoyado por el Sr. Ruda (*ibíd.*, pág. 179, párr. 13), consideró que el «enfoque unilateral dado por los Estados Unidos a la situación que han planteado en relación con el párrafo 2 se ajusta más a la estructura general de las disposiciones de la Comisión sobre reservas y es preferible a la fórmula de reciprocidad del Relator Especial» (*ibíd.*, pág. 179, párr. 10).

⁵⁶ *Ibíd.*, 816.ª sesión, pág. 296.

⁵⁷ *Ibíd.*, 800.ª sesión, pág. 181, párr. 31.

convencionales⁵⁸—, propuso un texto modificado del artículo 21, párr. 3, con el fin de tener en cuenta la nueva presunción en favor del efecto mínimo de la objeción aprobado a raíz de la enmienda de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Según esa enmienda:

Quando un Estado que haya objetado a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, ésta tendrá los efectos indicados en los párrafos 1 y 2⁵⁹.

De lo anterior se desprendía con claridad que la objeción simple producía supuestamente el mismo efecto que una aceptación. Aunque esta disposición fue aprobada por la Conferencia⁶⁰, varios días antes del fin de ésta se presentó una enmienda conjunta de la India, el Japón, los Países Bajos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas⁶¹ destinada a sustituir el final de la frase por el texto inicialmente propuesto por la Comisión con el fin de restablecer la distinción entre los efectos de una objeción y de una aceptación.

39. La enmienda conjunta fue introducida en el texto por el Comité de Redacción y aprobada por la Conferencia⁶². El Sr. Yasseen explicó que

[c]onviene hacer una distinción entre el caso en que un Estado formula una objeción a una reserva aceptando no obstante que el tratado entre en vigor y el caso en que se acepta la reserva formulada⁶³.

40. Por lo tanto, los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda de que el punto de vista según el cual la institución de las objeciones carece a fin de cuentas de todo efecto específico es incómodo, dado que dicha institución fue concebida por los redactores de la Convención de Viena como el instrumento mediante el cual las partes en un tratado se protegían contra reservas indeseables⁶⁴. El restablecimiento del texto inicialmente propuesto por la Comisión devuelve a la objeción su auténtico significado y sus verdaderos efectos y pone coto a las vías doctrinales que cuestionan la especificidad de la institución de la objeción en relación con la de la aceptación⁶⁵.

41. No obstante, el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de 1969 no fue fruto de una labor de codificación *stricto sensu* cuando fue aprobado por la Comisión y posteriormente por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Fue incorporado por la Comisión «con el fin de no dejar lagunas»⁶⁶, pero no como

⁵⁸ *Ibid.*, 814.ª sesión, pág. 282, párr. 5.

⁵⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11/Add.1), 11.ª sesión plenaria, pág. 38.

⁶⁰ Por 94 votos contra ninguno (*ibid.*, párr. 10).

⁶¹ A/CONF.39/L.49, en *ibid.*, *períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 295.

⁶² *Ibid.*, *segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11/Add.1), 33.ª sesión plenaria, pág. 192, párr. 12.

⁶³ *Ibid.*, pág. 191, párr. 2.

⁶⁴ Horn, *op. cit.*, págs. 173 y 174.

⁶⁵ Véanse las referencias doctrinales citadas en la nota 34 *supra*.

⁶⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 2 del comentario del proyecto de artículo 19.

norma consuetudinaria⁶⁷. Aunque este párrafo 3 fue elaborado un tanto precipitadamente por la Comisión y dio lugar a discusiones y propuestas de modificación hasta los últimos días de la Conferencia, ciertos miembros de la Comisión, durante los trabajos preparatorios del proyecto de lo que posteriormente sería la Convención de Viena de 1986, consideraron que esta disposición era clara⁶⁸ y aceptable⁶⁹. Esa pareció ser la posición de la Comisión en su conjunto, ya que la aprobó en primera lectura introduciendo únicamente las modificaciones en su redacción que se habían hecho necesarias desde 1977. Tal respaldo pone de manifiesto el carácter consuetudinario adquirido por el párrafo 3 del artículo 21⁷⁰, que se vio confirmado por la decisión del tribunal arbitral franco-británico en el caso *Mer d'Iroise* recaída poco más tarde⁷¹. Se trata en este caso de un elemento del sistema «flexible» de las reservas a los tratados.

42. Por consiguiente, el efecto que desde entonces se considera «normal» de la objeción a una reserva válida es el previsto en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena. Esta disposición, en la redacción más completa de la Convención de Viena de 1986, establece:

Quando un Estado o una organización internacional que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción en la medida determinada por la reserva.

43. Pese a su redacción aparentemente complicada, el sentido de la disposición es claro: desde el momento en que el tratado entra efectivamente en vigor en las relaciones bilaterales entre el autor de la reserva y el autor de la objeción —detalle que el artículo 21, párr. 3, no menciona pero que es a todas luces evidente—, su relación convencional queda amputada de la disposición o las disposiciones a que se refiere la reserva en la medida determinada por ella. No obstante, en relación con el artículo 21, párr. 3, es preciso realizar tres observaciones.

44. En primer lugar, el efecto previsto de la objeción es en realidad diametralmente opuesto al de una aceptación. La aceptación tiene como consecuencia modificar el efecto jurídico de las disposiciones a las que se refiere la reserva en la medida determinada por ella, mientras que la objeción excluye la aplicación de tales disposiciones en esa misma medida. Si bien es cierto que en algunos casos específicos el efecto concreto que se produce en la relación convencional establecida pese a la objeción puede ser idéntico al de una aceptación⁷², no lo es menos que los regímenes jurídicos de los binomios reserva/aceptación, por un lado, y reserva/objeción, por otro, son claramente distintos desde el punto de vista del derecho.

⁶⁷ Edwards, Jr., «Reservations to treaties», pág. 398.

⁶⁸ Sr. Calle y Calle, *Anuario... 1977*, vol. I, 1434.ª sesión, pág. 104, párr. 8.

⁶⁹ Sr. Tabibi, *ibid.*, párr. 7.

⁷⁰ Edwards, Jr., *loc. cit.*, pág. 398; Gaja, «Unruly treaty reservations», pág. 308.

⁷¹ *Delimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, laudo de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 130.

⁷² Sobre esta cuestión, véase el párrafo 61 *infra*.

45. En segundo lugar, es sorprendente —y lamentable— que el párrafo 3 no limite su ámbito de aplicación únicamente a las reservas «válidas» en el sentido del artículo 19 y del artículo 23, como sucede con el párrafo 1⁷³. Es altamente dudoso que la objeción a una reserva inválida pueda producir el efecto previsto en el párrafo 3, aunque la práctica estatal parezca admitirlo. En efecto, los Estados suelen hacer objeciones a reservas que consideran inválidas debido a la incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, sin que ello implique que se opongan a la entrada en vigor del tratado, o precisando expresamente que su objeción no impide que el tratado entre en vigor en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

46. Un ejemplo elocuente es la objeción de la República Federal de Alemania a la reserva formulada por Myanmar a la Convención sobre los Derechos del Niño:

La República Federal de Alemania, considerando que las reservas hechas por la Unión de Myanmar en relación con los artículos 15 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño son incompatibles con el objeto y el fin de la referida Convención (art. 51, párr. 2), formula una objeción a tales reservas.

Esta objeción no impedirá que la Convención entre en vigor entre la Unión de Myanmar y la República Federal de Alemania⁷⁴.

Este ejemplo dista de ser un caso aislado; son muchas las objeciones de «efecto mínimo» que, pese a la convicción expresada por sus autores en cuanto a la invalidez de la reserva, no se oponen a la entrada en vigor del tratado y así lo manifiestan claramente⁷⁵. Por lo tanto, las objeciones simples a reservas consideradas inválidas no son ni mucho menos un supuesto hipotético⁷⁶.

47. La Convención de Viena de 1969 no da respuesta a este espinoso problema y parece tratar los efectos de la objeción en el contenido de las relaciones convencionales

⁷³ El encabezamiento del párrafo 1 del artículo 21 establece: «Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23». Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 205.

⁷⁴ *Traité multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.11.

⁷⁵ Véanse también, entre otros numerosos ejemplos, las objeciones de Bélgica a las reservas formuladas por Egipto y Camboya a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (*ibíd.*, cap. III.3) o las objeciones de la República Federal de Alemania a varias reservas relativas a la misma Convención (*ibíd.*). No obstante, en relación con la reserva de Alemania que considera las reservas como «incompatible[s] con la letra y el espíritu de la Convención» es interesante observar que sólo con respecto a ciertas objeciones el Gobierno declaró que no impedirían la entrada en vigor del tratado entre Alemania y los Estados respectivos, sin manifestar expresamente su posición en los demás casos en que objetaba a una reserva por los mismos motivos. Pueden encontrarse abundantes ejemplos en las objeciones a las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en particular, las objeciones hechas por Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, los Países Bajos, Portugal y Suecia a la reserva formulada por los Estados Unidos en relación con el artículo 6 (*ibíd.*, cap. IV.4). Esos Estados consideraron que la reserva era incompatible con el objeto y el fin del Pacto, aunque no se opusieron a la entrada en vigor del Pacto en sus relaciones con los Estados Unidos; a diferencia del caso de Alemania, que no guardó silencio sobre esta cuestión, aunque su objeción también estuviera motivada por la incompatibilidad de la reserva de los Estados Unidos «tanto con los términos como con el espíritu y el propósito del artículo 6» (*ibíd.*). En cualquier caso, el fenómeno no se limita a los tratados de derechos humanos; véanse las objeciones de Alemania, Austria, Francia e Italia en relación con la reserva de Viet Nam a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (*ibíd.*, cap. VI.19).

⁷⁶ Zemanek, *loc. cit.*, pág. 331.

con independencia de la cuestión de la validez de la reserva. Sobre este extremo, puede considerarse que la Comisión ha ido más allá de lo necesario en lo que respecta a la desconexión entre los criterios de validez de la reserva y los efectos de la objeción. Una cosa es permitir a los Estados y las organizaciones internacionales objetar a cualquier reserva⁷⁷, sea válida o inválida, y otra es atribuir efectos idénticos a todas esas objeciones, y es más que dudoso que el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena sea aplicable a las objeciones a las reservas que no satisfacen los requisitos de validez del artículo 19 y del artículo 23⁷⁸. No obstante, por el momento no es necesario zanjar definitivamente esta cuestión: en la presente etapa del análisis sólo se trata de examinar los efectos de una reserva válida⁷⁹.

48. En tercer lugar, aunque está claro, en virtud del texto del artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, que las disposiciones a las que se refiere la reserva no se aplican en relación con el autor de la objeción, la frase «en la medida determinada por la reserva» deja a una delegación «sin saber a qué atenerse»⁸⁰ y requiere mayores explicaciones.

49. En la decisión del tribunal arbitral en el caso *Mer d'Iroise*⁸¹ se precisa el significado de esta expresión. En el momento de la ratificación, Francia formuló una reserva al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental, cuya parte pertinente a los efectos de ese caso estaba redactada de la siguiente manera:

El Gobierno de la República Francesa no aceptará que se le oponga, sin previo acuerdo expreso, una delimitación entre plataformas continentales en que se aplique el principio de la equidistancia:

Si se calcula a partir de líneas de base establecidas con posterioridad al 29 de abril de 1958;

Si se extiende más allá de la isóbata de 200 metros de profundidad;

Si se sitúa en zonas en las que considera que existen «circunstancias especiales» en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 6, a saber: el Golfo de Vizcaya, la Bahía de Granville y los espacios marítimos de Pas-de-Calais y del Mar del Norte frente a las costas francesas⁸².

El Reino Unido formuló una objeción a esta parte de la reserva francesa, señalando únicamente que:

El Gobierno del Reino Unido no puede aceptar las reservas formuladas por el Gobierno de la República Francesa⁸³.

Francia sostuvo ante el tribunal arbitral que, debido al efecto combinado de su reserva y de la objeción del Reino Unido, y en virtud del principio del consensualismo, el artículo 6 en su conjunto no era aplicable en las relaciones

⁷⁷ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 96 a 100.

⁷⁸ Véase especialmente Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili».

⁷⁹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 196.

⁸⁰ Según las palabras del representante de los Estados Unidos, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11/Add.1), 33.ª sesión plenaria, pág. 192, párr. 9.

⁸¹ Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 130.

⁸² *Traité multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. XXI.4.

⁸³ *Ibid.*

entre ambas partes⁸⁴. El Reino Unido, por su parte, sostuvo que, de conformidad con el artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969 (que en ese momento aún no había entrado en vigor y ni siquiera ha sido firmada por Francia), «las reservas de Francia no pueden hacer que el artículo sea inaplicable *in toto*, sino, como mucho, ‘en la medida determinada por la reserva’»⁸⁵.

50. El Tribunal consideró que:

la respuesta que deba darse a la cuestión de los efectos jurídicos de las reservas de Francia se deriva en parte de los argumentos de la República Francesa y en parte de los del Reino Unido. Es evidente que la República Francesa tiene razón al afirmar que el establecimiento de relaciones convencionales entre ella y el Reino Unido en el marco de la Convención depende del consentimiento otorgado por cada Estado en quedar vinculado por las disposiciones de esa Convención y que, al formular sus reservas al artículo 6, Francia supeditó su consentimiento en quedar vinculada por las disposiciones de ese artículo a las condiciones expuestas en las reservas. Por otro lado, la observación del Reino Unido según la cual su rechazo se refería únicamente a las reservas y no al artículo 6 en su conjunto es muy pertinente. En resumen, el desacuerdo entre ambos Estados no se refiere a la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6 en sus relaciones mutuas, sino a las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho artículo en virtud de las reservas de la República Francesa. Por tanto, los efectos del rechazo a las reservas manifestado por el Reino Unido se limitan a las propias reservas⁸⁶.

El Tribunal señaló asimismo lo siguiente:

[N]o obstante, en un sentido más limitado, puede considerarse que el rechazo tiene por efecto que las reservas sean inoponibles al Reino Unido. Del mismo modo que las reservas de Francia tienen por efecto impedir que el Reino Unido invoque las disposiciones del artículo 6, salvo en las condiciones establecidas en esas reservas, el rechazo de éstas también tiene por efecto impedir que la República Francesa imponga sus reservas al Reino Unido y pueda invocar ante él, como obligatoria, una delimitación efectuada conforme a las condiciones establecidas en ellas. Así pues, el efecto combinado de las reservas de Francia y de su rechazo por el Reino Unido no hace que el artículo 6 sea inaplicable *in toto*, como pretende la República Francesa, ni que sea aplicable *in toto*, como sostiene el Reino Unido en primer lugar. Las reservas y su rechazo tienen por efecto que el artículo sea inaplicable entre los dos Estados en la medida determinada por las reservas, pero únicamente en esa medida; esto es precisamente lo que establece para tales casos el artículo 21, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y lo que se desprende del principio del consentimiento mutuo⁸⁷.

51. Así pues, esta decisión de 1977 no sólo confirma el carácter consuetudinario del artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969⁸⁸: también precisa que el objetivo de esa disposición (que se deriva del propio principio del consentimiento mutuo) es salvaguardar, en la medida de lo posible, el acuerdo entre las partes. No se debe excluir la aplicación de toda la disposición o todas las disposiciones a que se refiere la reserva, sino únicamente los elementos de esas disposiciones respecto de los cuales las partes han expresado su desacuerdo.

52. En el caso de Francia y el Reino Unido, esto supone admitir que el artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental sigue siendo aplicable entre las dos partes sin los elementos a que se refiere la reserva de Francia. Así debe entenderse la expresión «en la medida determinada por la reserva». El artículo 21, párr. 3, de

la Convención de Viena de 1969 pretende preservar el acuerdo entre las partes en la medida de lo posible, limitando la aplicación de los tratados a las disposiciones sobre las que existe consentimiento y excluyendo las demás; o, como ha señalado Koh:

A este respecto, parece que la Convención de Viena trata abiertamente de preservar el tratado en la mayor medida posible, aunque las partes estén en desacuerdo sobre una reserva. [...] [L]a Convención de Viena intenta salvaguardar al máximo los aspectos no controvertidos de las relaciones entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción⁸⁹.

53. Aunque el principio establecido en el párrafo 3 del artículo 21 es más claro de lo que a veces se pretende, es, sin embargo, difícil de aplicar. Bowett ha señalado lo siguiente a este respecto:

La dificultad práctica consiste en determinar de manera precisa qué parte del tratado se ve afectada por la reserva y debe, por tanto, eliminarse del acuerdo entre las dos partes. Puede tratarse de un artículo entero, o de un párrafo, o simplemente de una frase o una palabra de un párrafo. No hay reglas al respecto, salvo la regla según la cual la «disposición» o palabra a que se refiere la reserva debe determinarse con los métodos normales de interpretación⁹⁰.

Por otro lado, como ha sido subrayado acertadamente por Horn:

Una reserva no sólo afecta a la disposición a que se refiere directamente, sino que puede tener repercusiones en otras disposiciones. La «exclusión» de una disposición, es decir, la introducción de una norma opuesta, cambia el contexto pertinente para interpretar otras normas. Una norma rara vez existe de manera aislada, sino que es parte integrante de un sistema de normas. El alcance de la reserva no se limita necesariamente a la disposición directamente mencionada, sino que también abarca aquellas disposiciones cuya aplicación se ve influida por la «exclusión» o la «modificación»⁹¹.

54. Así pues, sólo la interpretación de la reserva puede ayudar a determinar las disposiciones del tratado, o las partes de esas disposiciones, cuyo efecto jurídico pretende ser excluido o modificado por el Estado o la organización internacional autor de la reserva. Debido a la objeción, esas disposiciones o partes de disposiciones no son aplicables en la relación convencional entre el autor de la objeción y el autor de la reserva. Todas las disposiciones o partes de disposiciones que no se vean afectadas por la reserva siguen siendo aplicables entre ambas partes.

55. Los elementos que deben excluirse de la relación entre las dos partes se pueden determinar fácilmente preguntándose cuáles son los aspectos que la reserva modifica efectivamente en las relaciones convencionales entre su autor y la parte contratante que la ha aceptado. Todos esos aspectos quedan excluidos de la relación con la parte contratante que formula una objeción a la reserva.

56. La directriz 4.3.5, que determina el contenido de las relaciones convencionales entre el autor de una objeción simple y el autor de la reserva, reproduce los términos del artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986, que responde perfectamente a esta cuestión, al tiempo que precisa que se aplica exclusivamente a las objeciones a una reserva válida. Además, a fin de aclarar que la

⁸⁴ Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 170, párr. 57.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 171, párr. 58.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 59.

⁸⁷ *Ibid.*, págs. 171 y 172, párr. 61.

⁸⁸ Véase el párrafo 41 *supra*.

⁸⁹ *Loc. cit.*, pág. 102.

⁹⁰ Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 86.

⁹¹ Horn, *op. cit.*, pág. 178.

objeción no tiene por efecto excluir automáticamente la aplicación de toda la disposición a que se refiere la reserva (como sostuvo Francia en el caso *Mer d'Iroise*⁹²), sería útil precisar que la exclusión puede afectar únicamente a una «parte de la disposición». Por tanto, la directriz podría quedar redactada de la siguiente manera:

4.3.5 Contenido de las relaciones convencionales

Cuando un Estado o una organización internacional que haya hecho una objeción a una reserva válida no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones o las partes de disposiciones a que se refiera la reserva no se aplicarán entre el autor de ésta y el Estado o la organización que ha formulado la objeción en la medida determinada por la reserva.

57. A fin de aclarar el contenido de las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el Estado o la organización internacional que ha formulado una objeción contra ella, es útil recurrir de nuevo a la distinción entre las «reservas con efecto modificador» y las «reservas con efecto excluyente» que ya se utilizó para determinar los efectos de una reserva efectiva⁹³.

58. El caso de las reservas con efecto excluyente es particularmente fácil de acotar. Prueba de ello es el ejemplo ya citado de la reserva de Egipto a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Esta reserva establece lo siguiente:

El párrafo 2 del artículo 37 no se aplica⁹⁴.

La disposición a que se refiere la reserva es, sin lugar a dudas, el artículo 37, párr. 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Así pues, en las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de una objeción simple, esa Convención se aplicará sin el párrafo 2 del artículo 37. Esta disposición (o parte de disposición) no se aplicará en la medida determinada por la reserva; es decir, no se aplicará en absoluto. Su aplicación queda completamente excluida.

59. Cuba formuló una reserva con el fin de excluir la aplicación del artículo 25, párr. 1, de la Convención sobre las Misiones Especiales:

El Gobierno Revolucionario de la República de Cuba hace expresa reserva al tercer párrafo del punto 1 del artículo 25 de la Convención, y en consecuencia no acepta que se suponga el consentimiento para entrar en los locales de la misión especial bajo ninguno de los supuestos de dicho párrafo ni de cualesquiera otros⁹⁵.

En este caso también, la consecuencia de la objeción (simple) es excluir la aplicación de la tercera frase del párrafo 1 del artículo 25 de la Convención. Sin embargo, el resto de la disposición se mantiene en vigor entre las dos partes.

⁹² Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 130.

⁹³ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 262.

⁹⁴ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. III.3). Véase también *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 264.

⁹⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1400, n.º 23431, pág. 337.

60. Puede haber casos de reservas con efecto excluyente mucho más complejos. Así ocurre, en particular, con las reservas transversales, es decir, las reservas que tienen por objeto excluir el efecto jurídico del tratado en su conjunto en ciertos aspectos específicos⁹⁶. Por ejemplo, la reserva de Guatemala a la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares establece lo siguiente:

El Gobierno de Guatemala se reserva el derecho:

1) De considerar que las disposiciones de la Convención se aplican exclusivamente a las personas físicas, y no a las personas físicas y jurídicas como establece el artículo 1 del capítulo I⁹⁷.

Una aplicación puramente mecánica del artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena podría hacer creer que el artículo 1 (la disposición a que se refiere la reserva) queda excluido de la relación convencional entre el autor de esta reserva y el Estado que formule una objeción contra ella. Pero el hecho de que únicamente se haga referencia expresa al artículo 1 no significa que la reserva sólo afecte a esa disposición. En el caso concreto de la reserva de Guatemala sería absurdo excluir únicamente la aplicación del artículo 1 de la Convención o considerar que, dado que la reserva se refiere a todas las disposiciones de la Convención (al excluir una parte de su ámbito de aplicación personal), una objeción simple excluiría todas las disposiciones de la Convención. En la relación convencional entre el autor de la reserva y el autor de la objeción simple sólo será inaplicable aquello que ha sido efectivamente modificado o excluido por la reserva, a saber, la aplicación de la Convención en su conjunto en la medida en que tal aplicación afecta a las personas jurídicas.

61. En esos casos, y únicamente en ellos, la objeción produce concretamente los mismos efectos que una aceptación: la exclusión del efecto jurídico, o la aplicación, de la disposición a que se refiere la reserva «en la medida determinada por la reserva»; en efecto, la aceptación y la objeción simple dan lugar a las mismas relaciones convencionales entre el autor de la reserva, por un lado, y el autor de la aceptación o la objeción simple, por otro. En este punto, la doctrina está de acuerdo⁹⁸. Sin embargo, esta similitud de efectos entre una aceptación y una objeción de efecto mínimo no quiere decir que ambas reacciones sean idénticas y que el autor de la reserva «obtendrá lo que desea»⁹⁹. Pero sólo se presenta en el supuesto muy concreto de las reservas con efecto excluyente y en ningún caso respecto de las reservas mediante las cuales se pretende modificar los efectos jurídicos de una disposición

⁹⁶ Véase la directriz I.1.1 (Objeto de las reservas) y su comentario (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 a 101).

⁹⁷ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 282, n.º 4101, pág. 346.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Clark, «The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», pág. 308; Coccia, *loc. cit.*, pág. 36; Gaja, «Unruly treaty reservations», pág. 327; Imbert, *op. cit.*, pág. 157; Ruda, *loc. cit.*, pág. 199; y Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 76. Véanse también las explicaciones de los Países Bajos sobre la enmienda cuatripartita, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11/Add.1), 32.ª sesión plenaria, pág. 190, párr. 55; Horn, *op. cit.*, pág. 173; y Klabbbers, *loc. cit.*, págs. 186 y 187.

⁹⁹ Klabbbers, *loc. cit.*, pág. 179.

del tratado¹⁰⁰. Además, mientras que la aceptación es sinónimo de acuerdo o, al menos, ausencia de oposición a la reserva, la objeción no puede considerarse un simple «deseo»¹⁰¹: es la expresión de un desacuerdo y su objeto es salvaguardar los derechos de su autor de manera comparable a una declaración unilateral (protesta)¹⁰².

62. Habida cuenta de estas observaciones, parece útil precisar el efecto concreto de una objeción a una reserva con efecto excluyente. La comparación entre el efecto de una reserva efectiva de esa índole, por un lado, y de una objeción simple a dicha reserva, por otro, muestra que de la relación convencional entre las respectivas partes quedan excluidos los mismo derechos y obligaciones. La directriz 4.3.6 precisa esta similitud entre las relaciones convencionales establecidas en ambos casos. Su función no es en modo alguno sustituir a la directriz 4.3.5, sino que trata más bien de aportar precisiones respecto de determinadas categorías de reservas.

4.3.6 *Contenido de las relaciones convencionales en el caso de una reserva cuyo objeto sea excluir el efecto jurídico de una o varias disposiciones del tratado*

Un Estado contratante o una organización contratante que haya formulado una reserva válida cuyo objeto sea excluir el efecto jurídico de una o varias disposiciones del tratado y un Estado contratante o una organización contratante que haya hecho una objeción a la reserva, pero sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el autor de la reserva, no estarán vinculados en sus relaciones convencionales, por las disposiciones a que se refiere la reserva en la medida en que éstas no fueran aplicables entre ellos si la reserva fuera efectiva.

Todas las demás disposiciones convencionales que serían aplicables si la reserva fuera efectiva seguirán siendo aplicables entre ambas partes.

63. El caso de las reservas con efecto modificador muestra muy claramente la diferencia entre objeción y aceptación. Mientras que la efectividad de la reserva modifica las obligaciones jurídicas entre el autor de la reserva y las partes contratantes respecto de las cuales tal reserva es efectiva, el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena excluye la aplicación de todas las disposiciones potencialmente modificadas por la reserva, en la medida determinada por ésta. Por tanto, si un Estado formula una reserva que trate de sustituir una obligación convencional por otra, la relación convencional entre el autor de la reserva y el autor de una objeción simple se verá amputada, en virtud del artículo 21, párr. 3, de la obligación potencialmente sustituida por la reserva. No se aplica ni la obligación inicial (porque el autor de la reserva no ha dado su consentimiento al respecto) ni la obligación modificada propuesta por la reserva (porque el autor de la objeción, a su vez, tampoco ha consentido).

64. Conviene precisar esta diferencia entre la reserva con efecto modificador aceptada y la que ha sido objeto de una objeción simple. Al igual que la directriz 4.3.6, la

4.3.7 debe leerse a la luz de la directriz 4.3.5, a la que pretende aclarar.

4.3.7 *Contenido de las relaciones convencionales en el caso de una reserva cuyo objeto sea modificar el efecto jurídico de una o varias disposiciones del tratado*

Un Estado contratante o una organización contratante que haya formulado una reserva válida cuyo objeto sea modificar el efecto jurídico de una o varias disposiciones del tratado y un Estado contratante o una organización contratante que haya hecho una objeción a la reserva, pero sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el autor de la reserva, no estarán vinculados, en sus relaciones convencionales, por las disposiciones a que se refiere la reserva en la medida en que éstas quedaran modificadas entre ellos si la reserva fuera efectiva.

Todas las demás disposiciones convencionales que serían aplicables si la reserva fuera efectiva seguirán siendo aplicables entre ambas partes.

b. El efecto de la objeción de efecto intermedio en las relaciones convencionales

65. Según una práctica ya bien asentada, existen objeciones con las que se pretende superar el marco establecido por el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena: las objeciones de «efecto intermedio»¹⁰³. No procede en este momento preguntarse si puede formularse o no una objeción de esa índole: el Relator Especial propuso en 2009 una directriz que se refería más directamente a esta cuestión¹⁰⁴ y que ya ha sido enviada al Comité de Redacción¹⁰⁵. El problema ahora es determinar qué efectos puede producir efectivamente una objeción de esa índole, con independencia de la intención inicial de su autor. ¿Hasta qué punto el autor de la objeción puede modular el efecto de su objeción entre el efecto «simple» (art. 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena) y el efecto «calificado» o «máximo», que excluye la entrada en vigor del tratado en su conjunto en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción (art. 20, párr. 4, apdo. b, de las Convenciones de Viena)?

66. Es evidente que esta elección no puede dejarse al libre arbitrio del autor de la objeción¹⁰⁶. Como subrayó

¹⁰³ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 107.

¹⁰⁴ La directriz 3.4.2 propuesta por el Relator Especial durante el examen de su decimocuarto informe (ibíd., vol. II (segunda parte), nota 373) está redactada de la siguiente manera:

«3.4.2 *Validez material de la objeción a una reserva*

La objeción a una reserva por la que el Estado o la organización internacional autor de la objeción se propone excluir en sus relaciones con el autor de la reserva la aplicación de disposiciones del tratado a las que no se refiere la reserva sólo es válida si:

a) las disposiciones suplementarias así excluidas tienen un vínculo suficiente con las disposiciones sobre las que versa la reserva;

b) la objeción no tiene por efecto privar al tratado de su objeto y su fin en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.»

¹⁰⁵ Ibíd., párr. 60; tras un voto indicativo, se decidió que la directriz 3.4.2 no incluiría ninguna disposición relativa al *jus cogens* en relación con la validez de las objeciones a las reservas (ibíd.).

¹⁰⁶ Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 109.

¹⁰⁰ Véase el párrafo 63 *infra*.

¹⁰¹ Imbert, *op. cit.*, pág. 157, en la que se cita a Dehaussy.

¹⁰² Zemanek, *loc. cit.*, pág. 332.

la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

Evidentemente, hay que suponer en los contratantes la voluntad de preservar, al menos, lo que es esencial para los fines de la Convención; si faltara esta voluntad, es obvio que se verían menoscabados tanto el principio como la aplicación de la propia Convención¹⁰⁷.

Así pues, una objeción no puede, en modo alguno, excluir de las relaciones convencionales entre el Estado o la organización internacional que formula una objeción, por un lado, y el autor de la reserva, por otro, disposiciones del tratado que son esenciales para lograr su objeto y fin¹⁰⁸. Se trata, ciertamente, de un límite insuperable, y la directriz 3.4.2 lo erige incluso en criterio de apreciación de la validez¹⁰⁹.

67. Por otro lado, tampoco hay que perder de vista el propio principio del consentimiento mutuo que sirve de base a todo el derecho de los tratados y que, como subrayó acertadamente el tribunal arbitral en el caso *Mer d'Iroise*¹¹⁰, es esencial para determinar los efectos de una objeción y de una reserva. Como ya se ha recordado en múltiples ocasiones en el marco de los trabajos de la Comisión sobre las reservas a los tratados, «ningún Estado puede quedar vinculado por obligaciones contractuales que no considere adecuadas»¹¹¹. Esta afirmación es válida tanto para el Estado (o la organización internacional) autor de la reserva como para el Estado (o la organización internacional) autor de la objeción. Ahora bien, en determinadas situaciones, los efectos que el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena atribuye a la objeción pueden ser inadecuados para restablecer el consentimiento mutuo entre el autor de la reserva y el autor de la objeción aunque la reserva no menoscabe el objeto y el fin del tratado.

68. Así ocurre, en particular, cuando la reserva tiene por objeto excluir o modificar una disposición del tratado que, según la intención de las partes, es necesaria para salvaguardar el equilibrio de derechos y obligaciones que se deriva de su consentimiento a la entrada en vigor del tratado. Eso sucede cuando la reserva no sólo menoscaba el consentimiento de las partes respecto de la disposición directamente mencionada, sino que afecta al equilibrio alcanzado durante las negociaciones en relación con otras disposiciones. Una parte contratante puede considerar entonces, de manera legítima, que el hecho de estar vinculada por una de las disposiciones en cuestión sin poder invocar una o varias de las demás disposiciones es «una obligación contractual que no considera adecuada».

69. Las objeciones de efecto intermedio pretenden responder a situaciones de este tipo. Se han utilizado principalmente, por no decir de forma exclusiva, en el marco de

las reservas y objeciones a las disposiciones de la parte V de la Convención de Viena de 1969, y su utilización muestra claramente los motivos que justifican que los autores de objeciones traten de ampliar los efectos de éstas.

70. El artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 y su anexo, relativo a la conciliación obligatoria, constituyen garantías procesales que muchos Estados consideraron esenciales cuando se aprobó dicha Convención para evitar que se pudiera abusar de las demás disposiciones de la parte V¹¹². Las reacciones de varios Estados a las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 trataban, pues, de preservar la solución global que ciertos Estados habían intentado menoscabar por medio de reservas y que sólo se podía restablecer mediante una objeción que fuese más allá de los efectos «normales» de las reservas previstos en las Convenciones de Viena¹¹³.

71. Esto confirma que, a fin restablecer lo que podría denominarse el «equilibrio consensual» entre el autor de la reserva y el autor de la objeción, debe admitirse que el efecto de esta última en las relaciones convencionales entre ambas partes puede abarcar aquellas disposiciones del tratado que tienen un vínculo específico con las disposiciones a que se refiere la reserva.

72. Habida cuenta de estas observaciones, es conveniente introducir en la Guía de la práctica una directriz 4.3.8 que precise que, en determinadas condiciones, una objeción puede excluir la aplicación de disposiciones a las que no se refiera la reserva:

4.3.8 *No aplicación de disposiciones a las que no se refiere la reserva*

En caso de que el Estado contratante o la organización contratante que haga una objeción a una reserva válida así lo manifieste, cualquier disposición del tratado a la que no se refiera directamente la reserva pero que tenga un vínculo suficientemente estrecho con la disposición o las disposiciones a que sí se refiere, no será aplicable en la relación convencional entre el autor de la reserva y el autor de la objeción, siempre que la inaplicación de esa disposición no afecte al objeto y el fin del tratado.

73. El Relator Especial es consciente de que esta directriz se superpone de cierta manera a la directriz 3.4.2¹¹⁴. No obstante, esta última trata la cuestión exclusivamente desde el punto de vista de la validez de la objeción, mientras que la directriz 4.3.8 se refiere más directamente a los posibles efectos de una objeción. Su objetivo no es «sancionar» la posible invalidez de la objeción de efecto intermedio, sino que se limita a constatar que una objeción formulada con la debida intención por su autor produce ese efecto. La combinación de los efectos previstos en las directrices 4.3.5 y 4.3.8 permite determinar de manera objetiva los efectos de una objeción de efecto intermedio sin que sea necesario decir que el autor de una objeción de esa índole que sobrepase lo que es admisible se beneficia de todos modos del efecto «normal» de la objeción.

¹⁰⁷ C.I.J. *Recueil* 1951, pág. 27.

¹⁰⁸ Esta observación fundamental es un anticipo de la solución que debe darse al problema que plantea la aplicación del artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena al caso de las objeciones a reservas no válidas.

¹⁰⁹ Véase la nota 103 *supra*.

¹¹⁰ Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 172, párr. 61.

¹¹¹ Tomuschat, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», pág. 466; véase también *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 60, párrs. 97 y 99, y Müller, «Article 20», págs. 809 a 811, párrs. 20 a 24.

¹¹² *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 117.

¹¹³ Müller, *loc. cit.*, págs. 927 y 928, párr. 70.

¹¹⁴ Véase la nota 104 *supra*.

c. El caso de la objeción de efecto «supermáximo»

74. El caso, mucho más controvertido, de las objeciones de efecto supermáximo (es decir, objeciones en las que sus autores afirman la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre ellos y el autor de la reserva sin que este último pueda beneficiarse de su reserva¹¹⁵) también tiene una solución lógica en el marco del principio del consensualismo.

75. Cabe observar, no obstante, que la práctica de las objeciones de efecto supermáximo no se ha desarrollado en el marco de las objeciones a reservas consideradas válidas, sino como reacción a reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado. Un ejemplo reciente que ilustra esta situación es la objeción de Suecia a la reserva formulada por El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

El Gobierno sueco ha examinado la reserva formulada por el Gobierno de la República de El Salvador al ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En virtud del derecho internacional consuetudinario, codificado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no están permitidas. Redunda en interés de todos los Estados que el objeto y el fin de los tratados en que han decidido ser partes sean respetados por todas las partes y que los Estados estén dispuestos a realizar los cambios legislativos necesarios para cumplir las obligaciones derivadas de esos tratados.

El Gobierno sueco observa que, a tenor de su reserva, El Salvador da prioridad a su Constitución frente a la Convención, y estima que dicha reserva, que no precisa claramente el alcance de la derogación, suscita serias dudas sobre la adhesión de El Salvador al objeto y el fin de la Convención.

En consecuencia, el Gobierno sueco formula una objeción respecto de la reserva del Gobierno de la República de El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la considera nula y sin valor. Esta objeción no impedirá la entrada en vigor de la Convención entre El Salvador y Suecia. La Convención entrará en vigor entre El Salvador y Suecia en su totalidad, sin que El Salvador pueda beneficiarse de su reserva¹¹⁶.

76. Al margen de las consecuencias de una objeción de efecto supermáximo de esa índole en caso de que la reserva no sea válida, es evidente que ese efecto de la objeción no sólo no está previsto en las Convenciones de Viena (lo que también ocurre con las objeciones de efecto intermedio), sino que no es compatible con el principio del consensualismo. Así pues, el efecto «supermáximo» como tal queda excluido en el caso de una reserva válida: el autor de la objeción no puede imponer al autor de la reserva obligaciones que van más allá de lo que está dispuesto a aceptar. El Estado u organización internacional autor de la objeción no puede imponer al Estado u organización internacional autor de la reserva que ha ejercido válidamente su facultad de formular tal reserva obligaciones respecto de las cuales no ha manifestado su consentimiento en quedar vinculado.

77. En consecuencia, conviene precisar en la Guía de la práctica que el autor de una reserva válidamente formulada no puede quedar obligado a respetar las disposiciones

del tratado sin el beneficio de su reserva. Ese es el objetivo de la directriz 4.3.9:

4.3.9 *Derecho del autor de una reserva válida a no quedar vinculado por el tratado sin el beneficio de su reserva*

El autor de una reserva que cumple las condiciones de validez material y que ha sido formulada respetando la forma y el procedimiento previstos a tal efecto no puede, en ningún caso, quedar obligado a cumplir la totalidad de las disposiciones del tratado sin el beneficio de su reserva.

78. Sin embargo, esto no quiere decir que una objeción de efecto supermáximo no produzca ningún efecto en el contenido de las relaciones convencionales entre su autor y el autor de la reserva. Al igual que ocurre con las objeciones de efecto intermedio que van más allá de los efectos admisibles, esas objeciones son, ante todo, objeciones mediante las cuales el autor expresa su desacuerdo con la reserva. La directriz 4.3.5 no se circunscribe en absoluto a las objeciones simples. Se aplica a todas las objeciones a una reserva válida (incluidas, por tanto, las objeciones de efecto supermáximo).

d. El efecto de la objeción de efecto máximo en las relaciones convencionales (recordatorio)

79. En caso de que el autor de una objeción se oponga a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva (derecho que le reconoce el artículo 21, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena), el tratado, simplemente, no entrará en vigor entre él y el autor de la reserva¹¹⁷. En las relaciones entre ellos no se aplicará ninguna norma convencional derivada del tratado. En este caso es inútil debatir la cuestión del contenido de una relación convencional (que es, por definición, inexistente).

b) *El efecto de una reserva válida en las normas extraconvencionales*

80. La definición de reserva que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena y que se reproduce en la directriz 1.1 de la Guía de la práctica precisa claramente que una reserva tiene por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado». Asimismo, en virtud del artículo 21, párr. 1, una reserva que sea efectiva sólo puede modificar (o excluir) «las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva»¹¹⁸. Aunque no sea igual de preciso a este respecto el artículo 21, párr. 3, se remite a «las disposiciones a que se refiera» la reserva, lo cual, según la definición de reserva, sólo puede significar «ciertas disposiciones del tratado».

81. Así pues, el propio texto de las Convenciones de Viena no deja margen para la duda: una reserva sólo puede modificar o excluir los efectos jurídicos del tratado o de ciertas disposiciones de éste. Es una declaración unilateral vinculada al tratado cuyos efectos jurídicos pretende

¹¹⁵ Véase también *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 106.

¹¹⁶ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.15. Para la reserva de El Salvador, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2515, n.º 44910, pág. 154.

¹¹⁷ Véanse los párrafos 17 a 21 *supra*.

¹¹⁸ En relación con las divergencias entre el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, y el artículo 21, párr. 1, de las Convenciones de Viena, véase Müller, *loc. cit.*, págs. 896 a 898, párrs. 25 y 26.

alterar y no constituye un acto unilateral autónomo capaz de modificar las obligaciones, o los derechos, de su autor. El efecto combinado de una reserva y de una objeción tampoco puede excluir la aplicación de normas ajenas al tratado.

82. Aunque no se trate, en sentido estricto, de una reserva a un tratado, los argumentos expuestos por Francia en los casos *Essais nucléaires* sobre su reserva a su declaración de aceptación de la competencia de la CIJ en virtud del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte son ilustrativos a este respecto¹¹⁹. A fin de demostrar que la Corte no era competente para conocer de esas causas, Francia sostuvo que esa reserva también limitaba, de manera general, su consentimiento a la competencia de la CIJ, en particular el otorgado en el Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales. En su opinión disidente conjunta, varios magistrados de la Corte rechazaron la tesis de Francia:

En principio, una reserva se refiere únicamente al consentimiento manifestado por un Estado en quedar vinculado por un determinado tratado o instrumento y a las obligaciones que ha asumido mediante esa manifestación de consentimiento. En consecuencia, la idea de que una reserva formulada respecto de un acuerdo internacional pueda, por un procedimiento no especificado, superponerse o aplicarse a otro acto internacional es ajena al concepto mismo de reserva en el derecho internacional; además, hace caso omiso de las normas que regulan la notificación, la aceptación y el rechazo de las reservas¹²⁰.

La formulación de esta opinión es lo suficientemente amplia para no quedar circunscrita exclusivamente al supuesto específico de las reservas a declaraciones facultativas de aceptación de la competencia obligatoria de la CIJ, sino aplicarse a cualquier reserva a un tratado internacional en general. Este enfoque fue respaldado posteriormente por la propia Corte en el caso *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), en el que Honduras pretendía que su reserva a la declaración facultativa de la competencia obligatoria de la Corte prevaleciera sobre las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo XXXI del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»). La Corte consideró, sin embargo, que esa reserva

en ningún caso puede restringir el compromiso asumido por Honduras en virtud del artículo XXXI. En consecuencia, no puede acogerse la argumentación de Honduras sobre el efecto de la reserva a su declaración de 1986 en el compromiso asumido con arreglo al artículo XXXI del Pacto¹²¹.

83. Este efecto relativo de la reserva y de las reacciones a ella, en el sentido de que sólo pueden modificar o excluir los efectos jurídicos del tratado respecto del cual se han formulado y hecho, es consecuencia del principio *pacta sunt servanda*. Un Estado o una organización

internacional no puede desvincularse de otras obligaciones que le incumban por medio de una reserva, de su aceptación o de una objeción a una reserva.

84. El objeto de la directriz 4.4.1 es subrayar que una reserva, su aceptación o una objeción carecen de efecto sobre las obligaciones convencionales derivadas de otro tratado. Sólo pueden verse modificados o excluidos los efectos jurídicos de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva.

4.4 Efectos de una reserva y obligaciones extraconvencionales

4.4.1 Falta de efecto en la aplicación de las disposiciones de otro tratado

Una reserva, su aceptación o una objeción no modifican ni excluyen los respectivos derechos y obligaciones de sus autores que se deriven de otro tratado en que sean partes.

85. Así como una reserva no puede influir en las relaciones convencionales preexistentes de su autor, tampoco puede modificar las demás obligaciones, independientemente de su naturaleza, que vinculen al autor de la reserva al margen del tratado. Esta afirmación es particularmente evidente en el caso de una reserva a una disposición que refleja¹²² normas consuetudinarias¹²³. Es cierto que la reserva produce el efecto «normal» previsto en el párrafo 1 del artículo 21 entre su autor y las partes contratantes respecto de las cuales tal reserva es efectiva, al crear entre ellas un régimen normativo específico que puede desplazar a la norma consuetudinaria de que se trate en el marco del tratado¹²⁴, por ejemplo mediante la imposición de obligaciones menos rigurosas. Sin embargo, la reserva no menoscaba en absoluto el carácter obligatorio de la norma consuetudinaria como tal. Fuera de esos regímenes normativos específicos, la reserva no puede eximir a su autor del cumplimiento de la norma consuetudinaria si dicha norma le es aplicable¹²⁵. A este respecto, la CIJ ha indicado claramente que

un Estado que hubiera formulado una reserva no quedaría liberado por ello de las obligaciones impuestas por el derecho marítimo general fuera e independientemente de la Convención sobre la plataforma continental¹²⁶.

¹²² En relación con el uso de la palabra «reflejar», véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 1 del comentario de la directriz 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria).

¹²³ En relación con la cuestión de la admisibilidad de tales reservas, véase *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 183 y ss., párrs. 116 a 130, y la directriz 3.1.8, párr. 1 (*Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 153). Véase también Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification».

¹²⁴ Teboul, *loc. cit.*, pág. 708, párr. 32.

¹²⁵ Weil ha considerado que «poco importa la voluntad manifestada por un Estado respecto de una determinada convención: [...] con independencia de que formule o no reservas a algunas de sus cláusulas [...], estará de todas formas vinculado por las disposiciones de dicha convención que hayan sido reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario o general» («Vers une normativité relative en droit international?», págs. 43 y 44).

¹²⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 40, párr. 65. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 100.

¹¹⁹ Casos *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, págs. 101 y 102, párr. 18; y *Essais nucléaires* (Nueva Zelandia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *ibíd.*, págs. 137 a 138, párr. 16. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 120 y 121.

¹²⁰ *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), fallo, opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 350, párr. 83.

¹²¹ *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, *ibíd.*, 1988, pág. 88, párr. 41. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 247.

La razón es sencilla:

El hecho de que los principios [del derecho internacional general y consuetudinario], reconocidos como tales, hayan sido codificados o incorporados en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso respecto de los países que son partes en esas convenciones¹²⁷.

86. Así pues, la modificación o exclusión de la aplicación de una disposición convencional que refleja una norma consuetudinaria puede producir sus efectos en el marco de las relaciones convencionales, pero no afecta en absoluto a la existencia y obligatoriedad de la norma consuetudinaria como tal.

87. Concretamente, el efecto de la reserva (y de las reacciones a ella: aceptación u objeción) consiste en excluir la aplicación de la norma convencional que refleja una norma consuetudinaria, lo que significa que el autor de la reserva no está obligado, en relación con las demás partes contratantes, a respetar la norma (convencional) en el marco del tratado; por ejemplo, no está obligado a cumplir la obligación de recurrir al arbitraje o a jueces internacionales para resolver cualquier cuestión de interpretación o aplicación de esa norma aunque en el tratado figure una cláusula de solución de controversias. Sin embargo, dado que la norma consuetudinaria conserva todo su valor jurídico, el autor de la reserva no es libre de vulnerar la norma consuetudinaria (que es, por definición, idéntica), sino que debe observarla como tal. No obstante, el cumplimiento o las consecuencias del incumplimiento de la norma consuetudinaria no forman parte del régimen jurídico creado por el tratado, sino que dependen del derecho internacional general y evolucionan con él.

88. Los Estados comparten este enfoque y no dudan en recordar al autor de la reserva que la norma consuetudinaria sigue estando en vigor en sus relaciones mutuas a pesar de su objeción. Así hicieron, por ejemplo, los Países Bajos en su objeción a varias reservas relativas al artículo 11, párr. 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas:

El Reino de los Países Bajos no acepta las declaraciones de la República Popular de Bulgaria, la República Democrática Alemana, la República Popular de Mongolia, la República Socialista Soviética de Ucrania, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la República Socialista Soviética de Bielorrusia y la República Democrática del Yemen respecto del párrafo 1 del artículo 11 de la Convención. El Reino de los Países Bajos considera que esta disposición sigue vigente en sus relaciones con dichos Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario¹²⁸.

89. La Comisión ya ha aprobado una directriz sobre esta cuestión en el marco de la tercera parte de la Guía de la práctica, relativa a la validez de las reservas. Se trata de la directriz 3.1.8, redactada de la siguiente manera:

¹²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 424, párr. 73.

¹²⁸ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. III.3. En cuanto al fondo, no hay ninguna duda sobre la pertinencia de la observación de los Países Bajos; no obstante, su formulación es muy discutible: no es la disposición convencional la que sigue vigente entre los Estados autores de las reservas y los Países Bajos, sino la norma consuetudinaria que refleja esa disposición.

3.1.8 Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria

1. El hecho de que una disposición convencional refleje una norma consuetudinaria es un factor pertinente con vistas a la determinación de la validez de una reserva, aunque no impide por sí mismo la formulación de la reserva a esa disposición.

2. Una reserva a una disposición convencional que refleja una norma consuetudinaria no afecta al carácter obligatorio de esa norma consuetudinaria, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización internacional autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma¹²⁹.

90. En opinión del Relator Especial, el párrafo 2 de esta directriz trata la cuestión de manera satisfactoria. No obstante, cabe preguntarse si la ubicación de este párrafo en el esquema de estudio es correcta. Se trata más bien de un problema de efectos que de un problema de validez de la reserva. En estas condiciones puede ser razonable transformar el párrafo 2 de la directriz 3.1.8 en una nueva directriz 4.4.2:

4.4.2 Falta de efecto de una reserva en la aplicación de las normas consuetudinarias

Una reserva a una disposición convencional que refleja una norma consuetudinaria no afecta al carácter obligatorio de esa norma consuetudinaria, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización internacional autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma.

91. Así pues, el principio fundamental es que una reserva y las reacciones a ella no modifican ni excluyen la aplicación de las demás normas convencionales o consuetudinarias que vinculan a las partes. Es evidente que este principio se aplica *a fortiori* cuando la norma convencional refleja una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). La Comisión ya ha aprobado en este ámbito, tras fuertes debates, la directriz 3.1.9, que se refiere en parte a este problema:

3.1.9 Reservas contrarias a una norma de jus cogens

Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de una manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general¹³⁰.

92. Sin querer reabrir largos debates sobre este problema (en caso de que lo fuera), el Relator Especial opina que sería deseable que en la cuarta parte de la Guía de la práctica figurara una disposición sobre los efectos (o la falta de efectos) de una reserva a una norma de *jus cogens*. Por otro lado, en 2006 varios miembros de la Comisión se manifestaron en el sentido de que la directriz 3.1.9 se refería a los efectos de las reservas más que a la cuestión de su validez¹³¹.

93. Sin embargo, a diferencia de lo que se sugirió más arriba¹³² respecto de las reservas a una disposición convencional que refleja una norma consuetudinaria, el Relator Especial no propone desplazar la directriz 3.1.9 simple y llanamente a la cuarta parte de la Guía de la práctica: en

¹²⁹ *Anuario...* 2007, vol. II (segunda parte), párr. 153.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*, párr. 154, comentario a la directriz 3.1.9, párr. 12.

¹³² Véase el párrafo 90 *supra*.

su redacción actual, esta directriz no resuelve plenamente la cuestión de los efectos de una reserva a una disposición que refleja una norma imperativa de derecho internacional general.

94. Como ya se indicó¹³³, no hay ningún motivo que se oponga a que el principio aplicable a las reservas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria se aplique igualmente a las reservas a una disposición que refleja una norma imperativa. Por tanto, la redacción de la directriz 4.4.3 podría basarse en el modelo de la directriz 4.4.2:

4.4.3 Falta de efecto de una reserva en la aplicación de las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens)

Una reserva a una disposición convencional que refleja una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) no afecta al carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización internacional autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma.

95. Dicho esto, el Relator Especial deja en manos de la Comisión la decisión de determinar si la directriz 4.4.3 se superpone a la directriz 3.1.9 o si se pueden mantener ambas directrices en sus partes respectivas de la Guía de la práctica.

2. LAS RESERVAS INVÁLIDAS

a) Las reservas inválidas y las Convenciones de Viena

96. Ni la Convención de Viena de 1969 ni la de 1986 tratan abiertamente la cuestión de los efectos jurídicos de una reserva que no respeta las condiciones de validez sustancial y formal establecidas en los artículos 19 y 23, cuyo cumplimiento permite considerar que la reserva es efectiva con respecto a otro Estado contratante desde el momento en el que ha sido aceptada por él conforme a lo dispuesto en el artículo 20. Los trabajos preparatorios de las disposiciones relativas a las reservas en estas dos Convenciones tampoco arrojan luz sobre los efectos, o la ausencia de efectos, derivados de la invalidez de una reserva.

97. Los efectos que los primeros Relatores Especiales de la Comisión atribuían a una reserva que no era efectiva derivaban implícitamente de su adhesión al sistema tradicional de la unanimidad: el autor de la reserva no podía pretender convertirse en parte en el tratado. Por lo demás, no se trataba en modo alguno de determinar los efectos de una reserva que no cumplía determinadas condiciones de validez —no existían tales condiciones en este sistema enteramente intersubjetivo—, sino, más bien, los de una reserva que no había sido aceptada por todos los demás Estados contratantes y que por esta razón no se convertía en parte del acuerdo entre las partes¹³⁴.

¹³³ Véase el párrafo 92 *supra*.

¹³⁴ Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 241, párr. 96. En español, véase el documento A/CN.4/23, mimeografiado, págs. 52 y 53. Véase también *Yearbook... 1950*, vol. I, 53.ª sesión, pág. 90, párr. 3 (intervención del Sr. Brierly).

98. Desde esta perspectiva, en 1950, el Relator Especial Sr. Brierly consideró que la aceptación de un tratado con una reserva solamente produce efectos cuando todos los Estados u organizaciones internacionales cuyo consentimiento sea necesario para la validez de dicha reserva hayan expresado su consentimiento a ella¹³⁵. El Relator Especial Sr. Lauterpacht expresó esta misma idea, afirmando que en el caso de un tratado multilateral es nula toda firma, ratificación, adhesión u otra forma de aceptación del tratado que vaya acompañada de una o más reservas a las que todas las demás partes en el tratado no den su asentimiento¹³⁶. En el supuesto de que una reserva no sea formulada de esta manera, no producirá efecto alguno e implicará la nulidad del consentimiento en obligarse por el tratado. El Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones ya había subrayado esta ausencia de efectos de una reserva «carente de valor»:

Para que pueda hacerse válidamente cualquier reserva respecto a una cláusula de un tratado es esencial que esa reserva sea aceptada por todas las partes contratantes como hubiera sido el caso si las reservas se hubieran formulado en el curso de las negociaciones. En caso contrario, la reserva, así como la firma a la cual está agregada, es nula y sin valor alguno¹³⁷.

En este sistema, se trataba más de ausencia de efectos que de falta de validez de la reserva, siendo el consentimiento a ella el único elemento que determinaba que la reserva fuera aceptable o inaceptable con respecto a todas las demás partes contratantes.

99. No obstante, el propio Sr. Brierly, firme partidario del sistema de la unanimidad, era consciente de que tal vez había reservas que, por su propia naturaleza o por causa del tratado al que se referían, podían verse privadas *ipso jure* de todo posible efecto. Al observar la práctica convencional, consideró que algunas disposiciones convencionales tan sólo permiten determinadas reservas definidas en el texto y prohíben todas las demás. Nada dicen sobre el papel del depositario ni sobre la cuestión de la consulta de los Estados con respecto a las reservas, pues no se pueden plantear estos problemas debido a que en esta etapa no se permite formular ninguna reserva¹³⁸. De ello se desprende que los Estados no eran libres de aceptar cualquier cláusula especial en forma de reserva¹³⁹, como había sostenido el Relator Especial un año antes, sino que

¹³⁵ Proyecto de artículo 10, párr. 3, en *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 240; en español, véase el documento A/CN.4/23, mimeografiado, pág. 50.

¹³⁶ Informe sobre el derecho relativo a los tratados, proyecto de artículo 9, en *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 91; en español, véase el documento A/CN.4/63, mimeografiado, pág. 6.

¹³⁷ Citado en el primer informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock, en *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144, pág. 84, apéndice, párr. 1.

¹³⁸ Informe sobre las reservas a las convenciones multilaterales, *Yearbook... 1951*, vol. II, documento A/CN.4/41, pág. 3, párr. 11; en español, véase el documento A/CN.4/41, mimeografiado, pág. 8. El Relator Especial citó en el anexo C de ese informe (*Yearbook... 1951*, vol. II, pág. 11; en español, documento A/CN.4/41, pág. 39) los ejemplos de la Convención sobre la unificación del derecho relativo a la letra de cambio y al pagaré, el Convenio estableciendo una ley uniforme en materia de cheques y el Protocolo de enmienda a la Convención Internacional sobre Estadísticas Económicas, firmada en Ginebra el 14 de diciembre de 1928.

¹³⁹ *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 239, párr. 88; en español, documento A/CN.4/23, pág. 48.

existían reservas que no podían ser aceptadas al estar prohibidas por el propio tratado. El Sr. Fitzmaurice incorporó la idea en el párrafo 3 de su proyecto de artículo 37 en los siguientes términos:

En los casos en que el propio tratado permite que se hagan ciertas reservas específicas, o cierta clase de reservas, debe presumirse que cualesquiera otras reservas están excluidas y no podrán aceptarse¹⁴⁰.

100. La situación cambió con el primer informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock. En efecto, el cuarto Relator Especial, partidario del sistema flexible, subordinaba expresamente el derecho soberano de los Estados a formular reservas a determinadas condiciones de validez. A pesar de las incertidumbres relativas a su posición sobre la validez de las reservas contrarias al objeto y propósito del tratado¹⁴¹, el párrafo 1 del proyecto de artículo 17 de su primer informe

admite la opinión de que, *salvo cuando el tratado mismo prohíba o restrinja, ya sea expresamente o de modo claramente implícito, hacer reservas*, el Estado está en libertad, en virtud de su soberanía, de formular las reservas que estime oportunas¹⁴².

Sin embargo, el Sr. Waldock no consideró pertinente precisar los efectos que conllevaba la formulación de una reserva prohibida. Es decir, expuso los criterios de validez de las reservas sin determinar el régimen de aquellas que no los respetaban¹⁴³.

101. No obstante, el primer informe del Sr. Waldock contiene algunas pistas que inducen a reflexionar sobre los efectos de una reserva prohibida por el tratado. En este sentido,

cuando se formula una reserva que no está prohibida por el tratado, los demás Estados están llamados a indicar si la aceptan o la rechazan, pero cuando se trata de una reserva prohibida por el tratado, no necesitan hacerlo, pues ya han expresado su objeción a ella en el propio tratado¹⁴⁴.

Si bien esta precisión no responde directamente a la pregunta de cuál es el efecto de las reservas prohibidas, tiene el valor de sugerir que éstas están excluidas del campo de aplicación de las disposiciones relativas al consentimiento de los Estados contratantes y, por tanto, del conjunto de las disposiciones relativas a los efectos de las reservas,

¹⁴⁰ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 115.

¹⁴¹ *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 75 y 76, párr. 10 del comentario sobre el proyecto de artículo 17. Véanse también los párrafos 2 y 3 del comentario sobre la directriz 3.1 (Validez material de una reserva), *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 159 y 160.

¹⁴² *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 75, párr. 9. Véase también *ibíd.*, pág. 77, párr. 15 del comentario sobre el proyecto de artículo 18. Véase asimismo *ibíd.*, vol. I, 651.^a sesión, pág. 154, párr. 64 (Sr. Yasseen), y las conclusiones del Relator Especial Sr. Waldock, *ibíd.*, 653.^a sesión, pág. 171, párr. 57.

¹⁴³ El Sr. Verdross consideró durante el debate que el caso en el que «el tratado prohíba específicamente las reservas [...] no ofrece dificultad alguna» (*ibíd.*, vol. I, 652.^a sesión, pág. 160, párr. 33), sin por ello aportar ninguna solución concreta en cuanto a los efectos de la violación de dicha prohibición expresa. No obstante, los miembros de la Comisión eran conscientes de que podía plantearse el problema, como demuestra el debate del proyecto de artículo 27 relativo a las funciones del depositario (*ibíd.*, 658.^a sesión, pág. 205, párr. 59 (Sr. Waldock), e *ibíd.*, 664.^a sesión, pág. 253, párrs. 82 a 95).

¹⁴⁴ *Ibíd.*, vol. II, pág. 75, párr. 9 del comentario sobre el proyecto de artículo 17. En este mismo sentido, *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 239, párr. 88; en español, documento A/CN.4/23, pág. 48.

dejando al margen la posibilidad de convalidar una reserva que, de lo contrario, no sería válida, mediante el consentimiento unánime de todos los Estados contratantes¹⁴⁵.

102. Durante mucho tiempo, la Comisión trató por separado, y de forma algo confusa, la cuestión de las reservas incompatibles con el fin y el objeto del tratado y la de las reservas prohibidas. Así, el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 20 (Efectos de las reservas), aprobado en primera lectura por la Comisión, tan sólo contemplaba los efectos jurídicos de una reserva en relación con una objeción que se le hubiera formulado por causa de su incompatibilidad con el fin y el objeto del tratado:

Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considerare incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria¹⁴⁶.

Asimismo, se desprende de esta formulación que el efecto de la objeción, a su vez también sometida a la condición de la compatibilidad con el objeto y el fin conforme a la opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de la CIJ¹⁴⁷, tan sólo estaba previsto para los casos de reservas contrarias (o consideradas contrarias) al objeto y el fin del tratado. No obstante, tras las críticas expresadas por varios Estados con respecto a esta limitación del derecho a formular objeciones a las reservas, el Relator Especial propuso en 1965 una nueva fórmula¹⁴⁸ con el fin de desvincular más claramente la objeción de la validez de la reserva. Pero, como consecuencia de ello, las reservas inválidas se dejaron al margen de los trabajos de la Comisión y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y así se mantuvieron hasta la aprobación de la Convención de Viena de 1969.

¹⁴⁵ Proyecto de artículo 17, párr. 1, apdo. *b*, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 69: «Es inadmisibles la formulación de una reserva que esté expresamente prohibida o implícitamente excluida con arreglo a las disposiciones del inciso *a*, salvo cuando se haya obtenido previamente el consentimiento de todos los demás Estados». Véase también el proyecto de artículo 18 propuesto por el Sr. Waldock en 1965, *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 52. Sobre la cuestión del consentimiento unánime de los Estados contratantes y de las organizaciones contratantes, véanse los párrafos 204 a 209 *infra*.

¹⁴⁶ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 203.

¹⁴⁷ En 1951, la CIJ afirmó que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención la que debe servir de criterio para apreciar la actitud del Estado que se adhiere formulando una reserva y del que considera que debe presentar una objeción a este respecto. Esta es la norma de conducta que debe orientar a cada Estado en la apreciación que le corresponde hacer individualmente y por cuenta propia del carácter regular de una reserva (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 24). Para un análisis riguroso de las diferencias entre el sistema jurídico adoptado por la Comisión y la opinión consultiva de la Corte de 1951, véase Koh, *loc. cit.*, págs. 88 a 95.

¹⁴⁸ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 54, párr. 9 del comentario sobre el proyecto de artículo 19. El párrafo 4 del proyecto de artículo 19 propuesto por el Sr. Waldock (*ibíd.*, pág. 52) establece lo siguiente:

«4. En los demás casos, salvo que el Estado [*sic*, léase «el tratado»] interesado manifestare [en inglés, *specifies*] otra cosa:

a) la aceptación de una reserva por una de las partes constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con la parte que la hubiere aceptado;

b) la objeción hecha a una reserva por una de las partes impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere hecho la objeción y el Estado autor de la reserva.»

103. La ausencia de normas en la Convención de Viena de 1969 con respecto a las reservas inválidas deriva, por otra parte, del propio texto del párrafo 1 de su artículo 21, relativo al efecto de la aceptación de una reserva: solamente pueden considerarse efectivas en el sentido de esta disposición las reservas que al mismo tiempo sean válidas conforme a las condiciones del artículo 19, se hayan formulado conforme a lo dispuesto en el artículo 23 y hayan sido aceptadas por otra parte contratante conforme al artículo 20¹⁴⁹. Es evidente que una reserva que no sea válida no cumple dichas condiciones acumulativas, independientemente de su aceptación por una parte contratante.

104. No obstante, esta precisión no se recoge en el párrafo 3 del artículo 21, relativo a las objeciones a las reservas. Pero de ello no se desprende que la Convención determine los efectos jurídicos de una reserva inválida que haya sido objetada: para que dicha objeción pueda producir el efecto contemplado en el párrafo 3 del artículo 21 será necesaria al menos una aceptación¹⁵⁰, en virtud de lo dispuesto en el apartado *c* del párrafo 4 del artículo 20; ahora bien, los efectos de la aceptación de una reserva inválida no están regulados en la Convención.

105. Los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados confirman claramente que la Convención de Viena de 1969 no trata en modo alguno las consecuencias de las reservas inválidas y menos aún de sus efectos. En 1968, en la primera sesión de la Conferencia, los Estados Unidos propusieron añadir en la frase introductoria del párrafo 4 del futuro artículo 20, tras las palabras «en los casos no previstos en los párrafos precedentes de este artículo» la siguiente precisión: «y salvo que la reserva esté prohibida en virtud del artículo 16 [futuro artículo 19]»¹⁵¹. Según las explicaciones dadas por el Sr. Briggs, representante de los Estados Unidos, para respaldar la enmienda:

La finalidad de la enmienda de los Estados Unidos al párrafo 4 es hacer extensiva la aplicación de las reservas prohibidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 a las decisiones tomadas por los Estados, en virtud del párrafo 4 del artículo 17, al aceptar una reserva propuesta o hacer objeciones a la misma. En particular, la propuesta impediría que otro Estado contratante aceptase una reserva prohibida por el tratado y el criterio de incompatibilidad con el objeto o el fin del tratado establecido en el apartado *c* del artículo 16 sería aplicable a esa aceptación o a esas objeciones. El apartado *c* establece un criterio de incompatibilidad relativo a las reservas prohibidas, pero presenta el defecto de no hacerlo aplicable de modo explícito a la aceptación de las reservas o a la objeción a las reservas¹⁵².

106. Aunque apenas se desprenda de las explicaciones del Sr. Briggs, que hacen sobre todo hincapié en la extensión de los criterios de validez de una reserva a las aceptaciones y objeciones, la enmienda de los Estados Unidos habría tenido sin duda como efecto que el sistema de las

aceptaciones y objeciones a las reservas contemplado en el párrafo 4 del artículo 20 hubiese quedado limitado únicamente a las reservas que cumplieran los criterios de validez del artículo 19. La aceptación de una reserva inválida o la objeción a ella quedan excluidas claramente del campo de aplicación de dicha enmienda¹⁵³, sin que se haya propuesto ninguna norma nueva con respecto a estas reservas. El Sr. Wershof, representante del Canadá, planteó entonces la pregunta de si concordaba «o no el párrafo *c* de la enmienda de los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.127) con la intención de la Comisión de Derecho Internacional en materia de reservas incompatibles»¹⁵⁴. El Sr. Waldock, en su calidad de Consultor Técnico, señaló que «la respuesta [era] afirmativa [...], pues en definitiva se trata de repetir la norma ya enunciada en el artículo 16»¹⁵⁵.

107. La enmienda «de redacción» de los Estados Unidos fue reenviada al Comité de Redacción¹⁵⁶. Sin embargo, ni el texto aprobado provisionalmente por el Comité y presentado a la Comisión Plenaria el 15 de mayo de 1968¹⁵⁷, ni el texto finalmente aprobado por la Comisión Plenaria y reenviado a la Conferencia Plenaria¹⁵⁸ contienen la fórmula propuesta por los Estados Unidos, sin que se explique esta decisión en los trabajos publicados de la Conferencia. No obstante, queda claro que la CDI y la Conferencia consideraron que el caso de las reservas inválidas no estaba regulado por normas expresas aprobadas como resultado de sus trabajos y que las disposiciones de la Convención de Viena no se aplicaban como tales a esta situación.

108. La cuestión de los eventuales efectos de una reserva formulada incumpliendo las condiciones de validez no se abordó ni durante los trabajos de la Comisión en relación con la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales ni durante los de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1986. Sin embargo, el Sr. Reuter, Relator Especial sobre la cuestión, reconoció que «[i]ncluso en los tratados entre Estados, la cuestión de las reservas ha sido siempre una cuestión difícil y controvertida y no se pudo poner término a todas las dificultades, ni siquiera con las disposiciones de la Convención de Viena»¹⁵⁹. No

¹⁴⁹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 199 y ss.

¹⁵⁰ Véanse los párrafos 25 y 26 *supra*.

¹⁵¹ Documento A/CONF.39/C.1/L.127, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 146, párr. 179, v), d.

¹⁵² *Ibid.*, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11, 21.ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 119, párr. 11.

¹⁵³ No obstante, no queda del todo clara la razón por la cual no debería aplicarse la misma restricción a los casos previstos en el párrafo 2 (tratados que deben ser aplicados en su integridad) y en el párrafo 3 (instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales).

¹⁵⁴ *Ibid.*, 24.ª sesión, pág. 146, párr. 77.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 25.ª sesión, pág. 146, párr. 4. El artículo 16 del proyecto de artículos pasó a ser el artículo 19 de la Convención.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pág. 149, párr. 38.

¹⁵⁷ A/CONF.39/C.1/L.344, en *ibid.*, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 148, párr. 185.

¹⁵⁸ El texto fue aprobado por 60 votos contra 15 y 13 abstenciones, *ibid.*, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11/Add.1), 85.ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 234, párr. 34. Para el texto de esta disposición, véase *ibid.*, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 125, párr. 57.

¹⁵⁹ Décimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 63, párr. 53. El Relator Especial se refirió asimismo a los trabajos

obstante, «el Relator Especial [estimó] prudente no apartarse de [la Convención de Viena de 1969] en lo concerniente a la concepción de las reservas»¹⁶⁰.

109. En sus observaciones sobre el Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido también reconoció, al menos en principio¹⁶¹, que la Convención de Viena de 1969 no regula la cuestión de las reservas inválidas. Su explicación fue la siguiente:

El Comité está en lo cierto al decir que los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contienen las normas que, tomadas en conjunto, gobiernan los efectos jurídicos de las reservas a los tratados multilaterales. El Reino Unido se pregunta si el Comité está en lo cierto al suponer que se aplican a las reservas incompatibles. Es indudable que las normas citadas se aplican a las reservas que son plenamente compatibles con el objeto y fin del Pacto, pero permanecen abiertas a la aceptación o a la formulación de objeciones [...]. Es, sin embargo, discutible si también tuvieron por objeto cubrir las reservas que son inadmisibles *in limine*¹⁶².

110. En efecto, hay que admitir que ni la Convención de Viena de 1969 ni la de 1986 (en gran medida semejantes, incluso en este aspecto) contienen normas claras y precisas sobre los efectos de una reserva inválida¹⁶³. En la presentación de su décimo informe sobre las reservas a los tratados y, en particular, de la cuestión de las consecuencias de la falta de validez de una reserva¹⁶⁴, el Relator Especial subrayó lo siguiente:

Esta es una de las lagunas más graves de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en la materia, que guardan silencio sobre el particular. Se ha hablado en este sentido de «vacío normativo», que es tanto más preocupante cuanto que en los trabajos preparatorios no se encuentran apenas indicaciones claras sobre la intención de los autores de la Convención de Viena de 1969; por el contrario, inducen a pensar que dejaron deliberadamente la cuestión en suspenso. Ahora bien, lo que era aceptable dentro del marco de un instrumento general sobre el derecho de los tratados, debido a los desacuerdos que suscitaba la cuestión, deja de serlo precisamente a la hora de colmar las lagunas de las Convenciones de Viena en materia de reservas¹⁶⁵.

111. En este ámbito, se pone de relieve que

la Convención de Viena de 1969 no ha paralizado el derecho. Incluso independientemente de que la Convención deje subsistir numerosas ambigüedades, tenga lagunas sobre puntos a veces muy importantes y no haya podido prever reglas aplicables a problemas que no se planteaban o que apenas se planteaban en el momento de su elaboración [...], su adopción ha constituido el punto de partida de prácticas nuevas que no se han estabilizado o apenas se han estabilizado en el momento actual¹⁶⁶.

de Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, y «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord».

¹⁶⁰ *Anuario... 1977*, vol. I, 1434.ª sesión, pág. 104, párr. 4.

¹⁶¹ Véase la nota 209 *infra*. Aunque el Reino Unido considera que las reservas inválidas no están reguladas en las Convenciones de Viena, la solución que propone consiste, no obstante, en aplicarles sin más el párrafo 3 del artículo 21 de esas Convenciones.

¹⁶² Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, págs. 137 y 138, párr. 13.

¹⁶³ En este sentido, véase también Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili»; Simma, «Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments», pág. 663; y Tomuschat, «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», pág. 321.

¹⁶⁴ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 197 y ss., párrs. 181 a 208.

¹⁶⁵ *Anuario... 2006*, vol. I, 2888.ª sesión, pág. 141, párr. 32.

¹⁶⁶ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 164, párr. 161.

Por lo tanto, conforme al método de trabajo propuesto y seguido por el Relator Especial y por la Comisión en el marco de la elaboración de la Guía de la práctica¹⁶⁷, conviene dar por sentadas las normas convencionales, que no se pronuncian sobre la cuestión de los efectos de las reservas inválidas, y «procurar colmar sus lagunas y, cuando parezca realizable y deseable, eliminar sus ambigüedades pero preservando su flexibilidad y adaptabilidad»¹⁶⁸.

112. Sin embargo, no se trata en modo alguno de que la Comisión legisle y establezca *ex nihilo* normas relativas a los efectos de una reserva que no cumple los criterios de validez. La práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina ya han elaborado enfoques y soluciones para esta cuestión que, en opinión del Relator Especial, pueden perfectamente guiar los trabajos de la Comisión. No se trata de crear, sino de sistematizar los principios y normas aplicables de forma razonable y preservando el espíritu general del sistema de Viena.

b) *La nulidad de las reservas inválidas y sus consecuencias*

i) *La nulidad de la reserva inválida*

113. En su décimo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial propuso la siguiente directriz:

3.3.2 *Nulidad de las reservas carentes de validez*

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho¹⁶⁹.

114. Esta propuesta estaba justificada por las siguientes consideraciones:

Es prematuro que la Comisión adopte una posición respecto de la cuestión relativa a saber si la nulidad de la reserva vicia el consentimiento mismo en obligarse: este punto, que divide a la doctrina, no se podrá dirimir hasta que se haya estudiado de manera más profunda la función de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas. Sea como fuere, parece razonable consagrar desde ahora la solución en la que coinciden los partidarios de la admisibilidad y los de la oponibilidad, igualmente conforme a las posiciones adoptadas por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos [*Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 76 a 78, párrs. 194 a 201], según la cual la inobservancia de las condiciones de validez de la formulación de las reservas enunciadas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969

¹⁶⁷ Durante el examen del décimo informe sobre las reservas a los tratados realizado por la Comisión en 2006, «[h]ubo incluso quien se preguntó si la Comisión debía ocuparse de las consecuencias de la falta de validez de las reservas, que, tal vez sensatamente, no se abordaban en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Hubiera sido mejor no tratar de llenar esa laguna; el régimen que confería a los Estados la facultad de pronunciarse libremente sobre la validez de las reservas y sacar o no las consecuencias debidas existía ya y no era necesario cambiarlo» (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 142). No obstante, en el seno de la Sexta Comisión se afirmó que se trataba de una cuestión central del estudio (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 5 (Francia)). Varias delegaciones dieron su aprobación a la idea de la nulidad de una reserva inválida, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 43 (Suecia); *ibíd.*, párr. 51 (Austria); y 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 7 (Francia)) y se expresó el deseo de que los efectos concretos de esta nulidad fueran precisados en la Guía de la práctica, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 59 (Canadá). Véase también *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 14.

¹⁶⁸ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 164, párr. 163.

¹⁶⁹ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 201 y 202, párr. 200.

y 1986 y reproducidas en el proyecto de directriz 3.1 entraña la nulidad de la reserva. En otras palabras, aunque no es posible todavía que se pronuncie respecto de las consecuencias de la nulidad de la reserva, la Comisión puede, en cambio, enunciar, en un proyecto de directriz 3.3.2, el principio de la nulidad de las reservas carentes de validez¹⁷⁰.

115. Varios miembros de la Comisión expresaron la opinión de que el examen de la directriz 3.3.2 era prematuro en la fase en la que se encontraban por entonces los trabajos de la Comisión sobre la cuestión¹⁷¹ y que debía aplazarse hasta que se estudiara la cuestión de los efectos jurídicos de las reservas. Si bien no se cuestionaba que el principio de la nulidad de una reserva inválida estuviera bien fundado y se consideraba que dicho principio era convincente y útil¹⁷², se subrayó que la formulación de la directriz 3.3.2 parecía implicar que una reserva inválida no tendría ninguna consecuencia por lo que se refiere a la participación en el tratado del Estado autor de la reserva¹⁷³.

116. Se aplazó el examen de la directriz 3.3.2, tras el debate en la Comisión, para su consideración junto con la cuestión de los efectos de una reserva inválida¹⁷⁴.

117. La nulidad de la reserva y las consecuencias y los efectos de esta nulidad son dos aspectos sin duda interdependientes, pero no por ello dejan de ser diferentes. No es posible examinar en primer lugar los efectos de una reserva inválida para deducir de ello su nulidad: el hecho de que un acto jurídico no produzca efectos no necesariamente significa que sea nulo. Son las características del acto las que influyen en sus efectos y no a la inversa. En este sentido, la nulidad de un acto es simplemente una de sus características, que, a su vez, influye en la capacidad del acto para producir o modificar una situación jurídica.

118. Sobre el acto nulo en derecho civil, el gran jurista francés Marcel Planiol afirmó lo siguiente:

Un acto jurídico es nulo cuando se encuentra privado de efectos por la ley, aunque se haya realizado realmente y no haya ningún obstáculo que lo convierta en inútil. La nulidad supone que el acto podría producir todos sus efectos si la ley lo permitiera¹⁷⁵.

Por su parte, el *Dictionnaire de droit international public* define el término nulidad de la siguiente forma:

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Anuario... 2006*, vol. I, 2888.ª sesión, pág. 143, párr. 52 (Sr. Matheson); *ibíd.*, 2889.ª sesión, págs. 146 y 147, párr. 29 (Sr. Gaja); *ibíd.*, 2890.ª sesión, pág. 148, párr. 10 (Sr. Fomba); *ibíd.*, págs. 150 y 151, párr. 33 (Sr. Yamada); *ibíd.*, pág. 152, párr. 48 (Sr. Mansfield).

¹⁷² *Ibid.*, 2890.ª sesión, pág. 148, párr. 10 (Sr. Fomba); *ibíd.*, pág. 149, párr. 13 (Sr. Kemicha); *ibíd.*, párr. 16 (Sr. Economides); *ibíd.*, pág. 150, párr. 23 (Sr. Chee); *ibíd.*, págs. 150 y 151, párr. 33 (Sr. Yamada); *ibíd.*, pág. 152, párr. 48 (Sr. Mansfield); *ibíd.*, pág. 153, párr. 51 (Sr. Rodríguez Cedeño). Un punto de vista que se mantenía aislado consistía en sugerir que no se incluyeran en la Guía de la práctica propuestas que intentaran alterar el régimen jurídico establecido en la Convención de Viena de 1969, que deliberadamente no se había pronunciado sobre la cuestión de los efectos de una reserva inválida, sino que dejaba la apreciación de dicha validez al autor de la reserva (*ibíd.*, 2889.ª sesión, pág. 145, párr. 12 (Sr. Rao)).

¹⁷³ *Ibid.*, 2889.ª sesión, págs. 146 y 147, párr. 29 (Sr. Gaja). Véase también, *ibíd.*, 2890.ª sesión, pág. 154, párr. 56 (Sra. Xue).

¹⁷⁴ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 139, y pág. 152, párr. 157.

¹⁷⁵ Citado por Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», pág. 208.

Característica de un acto jurídico, o de una disposición de un acto, carente de valor jurídico debido a la falta de condiciones de forma o de fondo necesarias para su validez¹⁷⁶.

119. Este es exactamente el caso de la reserva que no cumple los criterios de validez del artículo 19 de las Convenciones de Viena: no cumple las condiciones de fondo necesarias para su validez, y por esta razón carece de valor jurídico. Sin embargo, la reserva habría podido producir efectos jurídicos si hubiera cumplido las condiciones necesarias para su validez.

120. Por otro lado, el propio principio de la nulidad fue acogido favorablemente por varias delegaciones durante el examen en la Sexta Comisión del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones. Tan sólo China expresó la opinión de que difícilmente se puede concluir que una reserva carece de validez *ab initio*, dado que las demás partes contratantes son libres de aceptarla o no¹⁷⁷. Esta posición¹⁷⁸, que refleja fielmente la escuela de la «oponibilidad», hace abstracción, no obstante, de la propia existencia del artículo 19 de las Convenciones de Viena. Referirse únicamente a la apreciación de las partes contratantes para la determinación de la validez de una reserva equivale, en último término, a negar todo efecto útil a estas disposiciones, que, sin embargo, ocupan un lugar absolutamente central en el régimen de las Convenciones de Viena y que se formulan (al menos *a contrario*) no como si se tratara de elementos que debieran ser tenidos en cuenta por los Estados y las organizaciones internacionales, sino en términos prescriptivos¹⁷⁹. Por otro lado, este argumento presupone que los Estados pueden aceptar efectivamente una reserva que no cumpla los criterios de validez contemplados en la Convención de Viena de 1969 o en la de 1986, lo que dista de ser seguro. Por el contrario, parece que la aceptación expresa de una reserva inválida no puede «convalidar» la reserva¹⁸⁰ y carece por sí misma de validez¹⁸¹.

121. Algunos otros Estados opinaron que una reserva inválida debía ser considerada como nula y sin valor¹⁸², subrayando que se debían precisar las consecuencias concretas de esta nulidad¹⁸³. La representante de Suecia, hablando también en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), resaltó lo siguiente:

¹⁷⁶ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pág. 760 (nulidad).

¹⁷⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 65.

¹⁷⁸ Véase también la posición de Portugal (*ibíd.*, párr. 79).

¹⁷⁹ «Un Estado podrá formular una reserva en el momento [...], a menos», lo que significa sin duda alguna que un Estado *no puede* formular una reserva *si*.

¹⁸⁰ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 202, párrs. 201 y 202.

¹⁸¹ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), nota 372. Véanse también los párrafos 204 a 209 *infra*.

¹⁸² Suecia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 43 a 45; Austria, *ibíd.*, párr. 51, y Francia, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párrs. 5 a 7. Véase también Suecia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párrs. 22 y 23.

¹⁸³ El Canadá, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 59), y Francia, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 5.

El artículo 19 de la Convención de Viena estipula claramente que las reservas que sean incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no deberán formar parte de las relaciones convencionales entre los Estados. Una reserva que no sea válida deberá considerarse, por tanto, nula de pleno derecho¹⁸⁴.

A continuación, la misma oradora, Sra. Hammarskjöld, señaló:

La práctica de separar las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de Viena, que estipula claramente que esas reservas no formarán parte de las relaciones dimanadas del tratado¹⁸⁵.

122. La nulidad de una reserva inválida no deriva en absoluto de la *lege ferenda*¹⁸⁶; está establecida sólidamente en la práctica de los Estados.

123. No es infrecuente que los Estados formulen objeciones a reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado, precisando que consideran la reserva como «nula y sin valor». Ya en 1982,

[e]l Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas [consideró] como nula y sin valor la reserva formulada por el Gobierno del Reino de la Arabia Saudita con ocasión de su adhesión a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, ya que esa reserva [era] contraria a una de las disposiciones esenciales de dicha Convención, en concreto la que señala [art. 27, párr. 3] que «[l]a valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida»¹⁸⁷.

También es este el caso de Italia, que presentó una objeción a la reserva formulada por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En opinión de Italia, no están autorizadas las reservas a lo dispuesto en el artículo 6, tal y como se especifica en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto.

Por ello, esta reserva es nula y sin valor, puesto que es incompatible con el objeto y el fin del artículo 6 del Pacto¹⁸⁸.

En 1995, Finlandia, los Países Bajos y Suecia presentaron objeciones similares a las declaraciones formuladas por Egipto al adherirse al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Los Países Bajos precisaron en su objeción que:

el Reino de los Países Bajos considera que la declaración egipcia relativa a la exigencia de una autorización previa antes de transitar por las aguas territoriales constituye una reserva nula y sin valor¹⁸⁹.

Finlandia y Suecia también precisaron en sus objeciones que consideraban estas declaraciones «nulas y sin valor»¹⁹⁰. La reacción de Suecia ante las reservas consideradas inválidas a menudo va acompañada de esta precisión, con independencia de la cuestión de si la reserva está o no prohibida por el tratado¹⁹¹, si se ha formulado

con retraso¹⁹² o si se adecua al objeto y al fin del tratado¹⁹³. En esta última categoría, la reacción de Suecia a la declaración formulada por la República Democrática Alemana en relación con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁹⁴ es particularmente explícita:

El Gobierno sueco concluye de todo ello que la declaración efectuada por la República Democrática Alemana es incompatible con el objeto y el fin de la Convención y que, por consiguiente, es nula conforme al apartado c del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁹⁵.

124. Esta objeción precisa de manera muy clara que la nulidad de la reserva no se deriva de la objeción realizada por Suecia, sino del hecho de que la declaración de la República Democrática Alemana no cumple las condiciones necesarias para la validez de una reserva. Se trata de una cuestión objetiva que no depende de las reacciones de las demás partes contratantes, incluso aunque éstas puedan contribuir a apreciar la incompatibilidad de la reserva con las exigencias del artículo 19 de las Convenciones de Viena reproducidas en la directriz 3.1 (Validez material de una reserva)¹⁹⁶.

125. No se trata aquí de conferir a las partes una competencia que evidentemente no les corresponde. Individualmente, los Estados contratantes y las organizaciones contratantes no están autorizados a declarar la nulidad de una reserva inválida¹⁹⁷. Por otro lado, no es este el objetivo de dichas objeciones y no es así como habría que interpretarlas. No obstante —y esto es particularmente importante en un sistema desprovisto de mecanismos de control y de anulación— estas objeciones expresan el punto de vista de sus autores con respecto a la cuestión de la validez y los efectos de las reservas inválidas¹⁹⁸. Tal y como señaló Suecia en la Sexta Comisión:

¹⁹² No obstante, la objeción de Suecia a la declaración de Egipto formulada con retraso en relación con el Convenio de Basilea estaba motivada por la prohibición de las reservas por parte de dicho Convenio y por el hecho de que «estas declaraciones se formularon cerca de dos años después de la adhesión de Egipto al Convenio de Basilea, en contra de la norma establecida en el artículo 26, párrafo 2, de este Convenio» (ibíd., nota 8). Finlandia, sin embargo, motivó su objeción por el solo hecho de que las declaraciones fueron tardías (ibíd., cap. XXVII.3). Asimismo, Italia consideró que las declaraciones de Egipto se formularon tardíamente y que «por esta razón, no se podía aceptar el depósito de las declaraciones mencionadas, incluso sin abordar el fondo de su contenido» (ibíd.).

¹⁹³ Véanse las objeciones de Suecia a las reservas formuladas por Maldivas y Mauritania al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ibíd., cap. IV.4); sus objeciones a las reservas formuladas por Bahrein, Brunei Darussalam, los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Federados de Micronesia, Omán y la República Popular Democrática de Corea, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ibíd., cap. IV.8) o sus objeciones a la reserva de El Salvador y la declaración interpretativa de Tailandia relativas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ibíd., cap. IV.15).

¹⁹⁴ En efecto, la República Democrática Alemana había declarado en la firma y ratificación de la Convención que únicamente participaría en sufragar los gastos contemplados en el párrafo 7 del artículo 17 y en el párrafo 5 del artículo 18 de la Convención en la medida en que resultaran de actividades correspondientes a la competencia que dicho país reconocía al Comité (ibíd., cap. IV.9). Véase también *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 277, párr. 217.

¹⁹⁵ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.9.

¹⁹⁶ Véanse también los párrafos 192 a 223 *infra*.

¹⁹⁷ Véase también Klabbbers, *loc. cit.*, pág. 184.

¹⁹⁸ Véase también la directriz 3.2 (Evaluación de la validez de las reservas), *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

¹⁸⁴ Véase, no obstante, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 79 (Portugal).

¹⁸⁵ Ibíd., párr. 45.

¹⁸⁶ Véase la nota 184 *supra*.

¹⁸⁷ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. III.3.

¹⁸⁸ Ibíd., cap. IV.4.

¹⁸⁹ Ibíd., cap. XXVII.3. El artículo 26, párr. 1, del Convenio de Basilea establece lo siguiente: «No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio».

¹⁹⁰ Ibíd.

¹⁹¹ Ibíd.

En teoría, no se necesita una objeción para establecer ese hecho, sino que se trata simplemente de una forma de llamar la atención sobre él. Por tanto, la objeción no tiene efectos jurídicos reales por sí misma y no tiene por qué considerarse siquiera una objeción *per se*; en consecuencia, el plazo de 12 meses especificado en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención no debería aplicarse. Sin embargo, de no haber un órgano que pueda calificar con autoridad una reserva de no válida, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esas «objeciones» siguen teniendo un propósito importante¹⁹⁹.

126. Por tanto, la directriz 3.3.2 propuesta por el Relator Especial en su décimo informe tiene, sin duda, su lugar en la Guía de la práctica, y la posición dominante de los Estados sobre el problema de los efectos (o de la ausencia de efectos) de una reserva inválida lo confirma claramente.

127. No obstante, se puede plantear la cuestión de si esta directriz debe permanecer en la tercera parte de la Guía de la práctica, dedicada a las cuestiones de la validez de las reservas y las declaraciones interpretativas, o si, en definitiva, es más sensato integrarla en la cuarta parte de la Guía, dedicada a los efectos. Desde un punto de vista puramente teórico y dada la significación del término nulidad²⁰⁰ (se trata de lo que caracteriza al acto inválido), el lugar asignado inicialmente a esta directriz parece el idóneo. La «nulidad» es, en efecto, una de las «consecuencias de la falta de validez de una reserva»²⁰¹. No se trata en sí misma de un efecto jurídico.

128. No obstante, la tercera parte, y especialmente sus tres primeros apartados, se refieren únicamente a la validez material de las reservas. Ahora bien, no hay ninguna razón para excluir de las condiciones de validez de una reserva —cuyo incumplimiento hace que la reserva sea nula— las que se refieren a la forma. Una reserva que no se haya formulado por escrito²⁰², que no haya sido notificada a las demás partes interesadas²⁰³ o que se haya formulado con retraso²⁰⁴ tampoco puede, en principio, producir efectos jurídicos; es nula de pleno derecho. Por tanto, el simple reenvío a la directriz 3.1 —que reproduce el artículo 19 de las Convenciones de Viena— en la directriz 3.3.2, tal y como se había propuesto, parece demasiado limitado. Tras reflexionar sobre la cuestión, esta doble causa de nulidad justifica asimismo la inclusión de esta directriz en la cuarta parte de la Guía en lugar de en la tercera²⁰⁵.

¹⁹⁹ Suecia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párr. 22.

²⁰⁰ Véase el párrafo 118 *supra*.

²⁰¹ Es el título de la directriz 3.3, sección en la que se había propuesto incluir la directriz 3.3.2.

²⁰² Art. 23, párr. 1, de las Convenciones de Viena. Véase también la directriz 2.1.1 (Forma escrita), *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 27.

²⁰³ Art. 23, párr. 1, de las Convenciones de Viena. Véase también la directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas), *ibíd.*

²⁰⁴ Véanse las directrices 2.3 (Reservas tardías), y 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva) a 2.3.5 (Ampliación del alcance de una reserva), *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83, y *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 113.

²⁰⁵ Además, la directriz 4.5 sería el equivalente para las reservas inválidas de lo que la directriz 4.1 es para las reservas válidas («Reservas efectivas»): tanto la una como la otra se refieren a las dos categorías de condiciones (materiales o formales) necesarias para que una reserva se considere «efectiva» en un caso (con la condición de que sea además aceptada por al menos otro Estado contratante u organización contratante) o «inválida» en el segundo caso.

129. Así pues, no es en absoluto inútil plantear, en principio, en el marco de la cuarta parte de la Guía de la práctica, que una reserva material o formalmente inválida sea nula de pleno derecho. Esta directriz, que será la primera de la sección 4.5 dedicada a los efectos de las reservas inválidas, podría quedar redactada de la siguiente forma:

4.5 Efectos de una reserva inválida

4.5.1 Nulidad de una reserva inválida

Una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y material contempladas en las partes segunda y tercera de la Guía de la práctica es nula de pleno derecho.

ii) Efectos de la nulidad de una reserva inválida

130. No obstante, la simple constatación de la nulidad de la reserva no resuelve la cuestión de los efectos, o la ausencia de efectos, de dicha nulidad sobre el tratado y las relaciones convencionales que puedan establecerse entre el autor de la reserva y las demás partes contratantes; ahora bien, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, las Convenciones de Viena no dan ninguna indicación sobre esta cuestión. Por tanto, hay que referirse a los principios básicos que inspiran el derecho de los tratados en su conjunto (comenzando por las normas aplicables a las reservas) y, en primer lugar, al principio del consentimiento.

131. Muchas son las objeciones que se formulan contra reservas consideradas inválidas —porque están prohibidas por el tratado o porque son incompatibles con su objeto y su fin— y que, sin embargo, no impiden que el tratado entre en vigor. Esta práctica se adecua perfectamente al principio estipulado en el artículo 20, párr. 4, apdo. b, y en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, aunque pueda parecer sorprendente que fueran principalmente (aunque no exclusivamente) los Estados occidentales los que durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados manifestaran grandes reticencias frente a la inversión de la presunción apoyada con fuerza por los países del Este²⁰⁶. Pero el mantenimiento en vigor del tratado deja intacta la cuestión de qué es lo que ocurre con la reserva.

132. La objeción de Bélgica a las reservas de la República Árabe Unida y de Camboya a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas permite plantear el problema. Así, Bélgica, cuando ratificó la Convención en 1968, consideró que

la reserva formulada por la República Árabe Unida y el Reino de Camboya al párrafo 2 del artículo 37 es incompatible con la letra y el espíritu de la Convención²⁰⁷,

sin extraer de ello ninguna consecuencia concreta. Pero en 1975, como reacción a la confirmación de estas reservas y de una reserva comparable de Marruecos, Bélgica precisó lo siguiente:

²⁰⁶ Véanse los párrafos 10 a 16 *supra*. Véase también el comentario sobre la directriz 2.6.8 (Manifestación de la intención de impedir la entrada en vigor del tratado), *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124.

²⁰⁷ *Traité multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. III.3.

El Gobierno del Reino de Bélgica objeta las reservas formuladas en lo que se refiere al párrafo 3 del artículo 27 por Bahrein y al párrafo 2 del artículo 37 por la República Árabe Unida (en la actualidad, la República Árabe de Egipto), Camboya (en la actualidad, la República Khmer) y Marruecos. No obstante, el Gobierno considera que la Convención sigue en vigor entre su país y los Estados mencionados, salvo por lo que respecta a las disposiciones que son objeto en cada caso de dichas reservas²⁰⁸.

En otras palabras, según Bélgica, a pesar de la incompatibilidad de las reservas con «la letra y el espíritu» de la Convención, ésta entra en vigor entre dicho país y los autores de las reservas inválidas. No obstante, las disposiciones a las que se refieren las reservas no se aplican entre los autores de éstas y Bélgica, lo que supone equiparar el efecto de las reservas inválidas con el de las reservas válidas.

133. La solución preconizada por la objeción de Bélgica, que es bastante aislada²⁰⁹, parece adecuarse a lo

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ Véase, no obstante, la objeción de los Países Bajos a la reserva formulada por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

«El Gobierno del Reino de los Países Bajos formula una objeción a la reserva que se refiere a la pena de muerte por los delitos cometidos por personas menores de 18 años, dado que se desprende del texto del Pacto y de los trabajos preparatorios que dicha reserva es incompatible con el texto, el objeto y el fin del artículo 6 del Pacto, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, enuncia la norma mínima para la protección del derecho a la vida.

El Gobierno del Reino de los Países Bajos formula una objeción a la reserva relativa al artículo 7 del Pacto, ya que se desprende del texto y de la interpretación de este artículo que dicha reserva es incompatible con el objeto y el fin del Pacto.

En opinión del Gobierno del Reino de los Países Bajos, esta reserva tiene el mismo efecto que una suspensión de carácter general de dicho artículo, mientras que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto, no se permite suspensión alguna, ni siquiera en caso de peligro público excepcional.

El Gobierno del Reino de los Países Bajos considera que las declaraciones interpretativas y las declaraciones de los Estados Unidos no anulan ni modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Pacto en su aplicación a los Estados Unidos y que no limitan en modo alguno la competencia del Comité de Derechos Humanos para interpretar dichas disposiciones en su aplicación a los Estados Unidos.

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados**, las presentes objeciones no constituyen un obstáculo a la entrada en vigor del Pacto entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos» (*ibíd.* (cap. IV, 4).

En sus observaciones sobre el Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, el Reino Unido también otorgó cierto crédito a la exclusión de las partes en el tratado a las que afecta la reserva: «el Reino Unido tiene absolutamente claro que la separabilidad entrañaría la eliminación tanto de la reserva como de las partes del tratado a las que se aplica. Consideraría cualquier otra solución profundamente contraria a los principios, especialmente a la norma fundamental recogida en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de que las convenciones internacionales establecen reglas ‘expresamente reconocidas por’ los Estados contratantes. El Reino Unido considera muy poco factible tratar de hacer responsable a un Estado de obligaciones previstas en el Pacto que evidentemente no ha ‘reconocido expresamente’, sino que más bien ha indicado en forma explícita no estar dispuesto a aceptar» (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 138, párr. 14).

En su informe a la 18.ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, el Grupo de Trabajo sobre las reservas tampoco excluyó totalmente dicha solución. En sus recomendaciones, sugirió que «en cuanto a las consecuencias de la invalidez, las únicas previsibles son que podría considerarse que el Estado no era parte en el tratado, o que el Estado era parte en el tratado pero que no se aplicaba la disposición a la que se refería la reserva*», o

estipulado en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena en caso de una objeción simple²¹⁰.

134. Esta solución no deja de ser cuestionable. En efecto, no extrae ninguna consecuencia concreta de la nulidad de la reserva, sino que la trata de la misma manera que una reserva válida, incorporando por la puerta de atrás lo que habían excluido los autores de las Convenciones de Viena²¹¹. Es probable que nada en el texto del artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena indique expresamente que no se aplica al caso de las reservas inválidas, pero se desprende claramente de los trabajos preparatorios que esta cuestión ya no se consideraba relacionada con el proyecto de artículo que estaba en el origen de esta disposición²¹².

135. Tal y como explicó Suecia, en nombre de los países nórdicos, durante el debate en la Sexta Comisión del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 57.º período de sesiones,

Las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no se formulan de conformidad con el artículo 19, de modo que los efectos jurídicos citados en el artículo 21 no son aplicables. Cuando en el párrafo 3 del artículo 21 se afirma que las disposiciones a que se refiera la reserva no se aplicarán entre el Estado que haya hecho una objeción y el Estado autor de la reserva en la medida determinada por la reserva, se está refiriendo a las reservas permitidas en virtud del artículo 19. No sería razonable aplicar la misma norma a las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado. En su lugar, una reserva de ese tipo debería considerarse no válida y sin efecto jurídico²¹³.

136. Por lo demás, la irrelevancia de las normas de la Convención de Viena queda claramente confirmada por la inmensa mayoría de las reacciones de los Estados a las reservas que consideran inválidas. Con independencia de que especifiquen o no claramente que su objeción no impide la entrada en vigor del tratado frente al autor de la reserva, no dejan de considerar sin ambigüedad que una reserva inválida carece de todo efecto jurídico.

137. Así, el Reino Unido, con ocasión de la ratificación de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, presentó una objeción a las reservas formuladas por varios Estados de Europa Oriental, precisando que:

que el Estado era parte en el tratado sin el beneficio de la reserva» (HRI/MC/2006/5, párr. 16, recomendación 7). No obstante, esta posición se modificó posteriormente (véase la nota 213 *infra*).

²¹⁰ Véanse los párrafos 31 a 64 *supra*.

²¹¹ Véanse las observaciones del Reino Unido sobre el Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, págs. 137 y 138, párr. 13. Véase también Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, documento de trabajo ampliado de la Sra. Françoise Hampson, presentado conforme a la decisión 2001/17 de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), párr. 16.

²¹² Véanse los párrafos 100 a 108 *supra*.

²¹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14)*, párr. 22. Véase también Malasia, 18.ª sesión (A/C.6/60/SR.18), párr. 86, y Grecia, 19.ª sesión (A/C.6/60/SR.19), párr. 39, o también la 19.ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, sexta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre las reservas (HRI/MC/2007/5), párr. 18 («no puede contemplarse la posibilidad de que el Estado que formula reservas siga siendo parte [en el] tratado que cuenta con la disposición en relación con la cual se ha declarado que la reserva no se aplica»).

si bien considera a todos los Estados citados como partes en los Convenios en cuestión, no reconoce como válidas las reservas mencionadas que han formulado dichos Estados y, por consiguiente, considera cualquier aplicación de dichas reservas como una violación del Convenio en cuestión²¹⁴.

138. Belarús, Bulgaria, Checoslovaquia y la Federación de Rusia también formularon objeciones a la «declaración interpretativa» de Filipinas a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al considerar que dicha reserva carecía de todo valor y efecto jurídico²¹⁵. Finlandia y Noruega formularon objeciones contra una declaración de la República Democrática Alemana relativa a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹⁶, muy criticada por varios Estados, que consideraban que toda declaración de esta naturaleza carecía de efectos jurídicos y no podía de ninguna manera atenuar la obligación que tienen los gobiernos de asumir su parte de los gastos del Comité contra la Tortura en virtud de lo dispuesto en la Convención²¹⁷. Por su parte, Portugal, a pesar de manifestar sus dudas con respecto a la nulidad de una reserva inválida²¹⁸, destacó lo siguiente en su objeción a la reserva formulada por Maldivas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

Por otro lado, el Gobierno portugués considera que estas reservas no pueden cambiar ni modificar en modo alguno las obligaciones derivadas de la Convención para cualquier Estado parte²¹⁹.

139. La práctica de los Estados está muy desarrollada, es básicamente homogénea y no se limita de ninguna manera a Estados concretos. Las objeciones recientes de Finlandia²²⁰ o Suecia²²¹, así como las de otros Estados

²¹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 278, n.º 973, pág. 268. Véanse también las objeciones idénticas de los Estados Unidos, adjuntas a los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. La objeción presentada al Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III) establece lo siguiente: «Rechazando las reservas formuladas por varios Estados al Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, los Estados Unidos de América aceptan tener con todas las partes en el Convenio las relaciones derivadas de un tratado, salvo por lo que se refiere a las modificaciones propuestas por dichas reservas» (ibíd., vol. 213, n.º 972, pág. 383).

²¹⁵ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. XXI.6.

²¹⁶ Véase la nota 194 *supra*.

²¹⁷ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.9.

²¹⁸ Véase la nota 184 *supra*.

²¹⁹ *Ibid.*, cap. IV.8.

²²⁰ Véanse las objeciones de Finlandia a la reserva del Yemen a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ibíd., cap. IV.2), a las reservas formuladas por Kuwait, Lesotho, Malasia, el Pakistán y Singapur a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ibíd., cap. IV.8), a las de Malasia, Omán, Qatar y Singapur a la Convención sobre los Derechos del Niño (ibíd., cap. IV.11) y, por último, a la reserva de los Estados Unidos formulada cuando manifestó su consentimiento en obligarse por el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (ibíd., cap. XXVI.2).

²²¹ Véase la objeción de Suecia a la reserva de los Estados Unidos formulada cuando manifestó su consentimiento en obligarse por el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (ibíd., cap. XXVI.2). No obstante, Suecia precisó que la Convención entraba

como Bélgica²²², España²²³, los Países Bajos²²⁴, la República Checa²²⁵ o Eslovaquia²²⁶, o incluso de algunas organizaciones internacionales²²⁷, van a menudo acompañadas de la precisión de que la reserva inválida carece de efectos jurídicos.

140. La ausencia de todo efecto jurídico como consecuencia directa de la nulidad de la reserva inválida, que, por otro lado, se desprende directamente de la propia noción de nulidad²²⁸, también fue puesta de manifiesto por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario general n.º 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto por la jurisprudencia internacional de 1994. Así, el Comité consideró que uno de los

en vigor íntegramente entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos pudieran beneficiarse de su reserva.

²²² Véase la objeción de Bélgica a la reserva de Singapur a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que «considera que el párrafo 2 de las declaraciones relativas a los artículos 19 y 37 de la Convención, así como el párrafo 3 de las reservas relativas a los límites constitucionales a la aceptación de las obligaciones inherentes a la Convención, son contrarios al objeto y al fin de la Convención y, por tanto, carecen de efectos en derecho internacional» (ibíd., cap. IV.9).

²²³ Véase la objeción de España a la reserva formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: «El Gobierno español estima que las mencionadas declaraciones carecen de efectos jurídicos y en nada excluyen o modifican las obligaciones contraídas por Qatar en virtud de la Convención» (ibíd., cap. IV.8).

²²⁴ Véase la objeción de los Países Bajos a la reserva formulada por El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: «El Gobierno del Reino de los Países Bajos entiende que la reserva formulada por el Gobierno de la República de El Salvador no excluye ni modifica los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a la República de El Salvador» (ibíd., cap. IV.15).

²²⁵ Véase la objeción de la República Checa a la reserva formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: «Por tanto, el Gobierno checo objeta las reservas mencionadas que el Estado de Qatar ha formulado respecto de la Convención. Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención entre la República Checa y el Estado de Qatar. La Convención entra en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que Qatar pueda beneficiarse de su reserva» (ibíd., cap. IV.8).

²²⁶ Véase la objeción de Eslovaquia a la reserva del Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se precisaba que el Pakistán no podía beneficiarse de la reserva que había formulado (ibíd., cap. IV.3), o también a la formulada por Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: «Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entre la República Eslovaca y el Estado de Qatar. La Convención entra en vigor íntegramente entre la República Eslovaca y el Estado de Qatar, sin que éste pueda beneficiarse de las reservas y declaraciones» (ibíd., cap. IV.8).

²²⁷ Véanse las objeciones presentadas conjuntamente por la CE y sus miembros (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido) a las declaraciones formuladas por Bulgaria y la República Democrática Alemana al Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR). En las dos objeciones idénticas, sus autores consideraron que: «Por su contenido, la declaración efectuada [...] a propósito del artículo 52, párrafo 3, tiene la apariencia de una reserva a esta disposición, aunque dicha reserva está expresamente prohibida por el Convenio. La Comunidad y sus Estados miembros estiman, por consiguiente, que esta declaración no se les puede oponer en ningún caso y la consideran carente de efectos» (ibíd., cap. XI.A.16).

²²⁸ Véase el párrafo 118 *supra*.

aspectos de la «consecuencia normal» de la invalidez de una reserva es, entre otros, que su autor no puede beneficiarse de ella²²⁹. Es significativo que, a pesar del vigor de la reacción de los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido frente al Comentario general n.º 24, ninguno de estos tres Estados haya cuestionado esta posición²³⁰.

141. Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos confirmó esta conclusión de su Observación general n.º 24 con ocasión de la comunicación *Rawle Kennedy*. En su decisión sobre la admisibilidad de la demanda²³¹, el Comité se pronunció sobre la validez de la reserva formulada por el Estado parte al volver a adherirse, el 26 de mayo de 1998, al Primer Protocolo Facultativo del Pacto, después de haberlo denunciado ese mismo día. Por medio de su reserva, Trinidad y Tabago pretendía excluir de la competencia del Comité a los detenidos condenados a la pena de muerte²³². El Comité, basándose en el carácter discriminatorio de la reserva, consideró que esta «no puede considerarse compatible con el objeto y fin del Protocolo Facultativo»²³³. El Comité concluyó diciendo:

La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo²³⁴.

En otras palabras, según el Comité de Derechos Humanos, la reserva de Trinidad y Tabago no excluye la aplicación del Protocolo Facultativo frente al demandante, que era un detenido condenado a la pena de muerte. Por tanto, no

²²⁹ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, pág. 127, párr. 583. Véase también Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos, documento de trabajo definitivo presentado por la Sra. Françoise Hampson (E/CN.4/Sub.2/2004/42), párr. 57 («Sería sorprendente que un órgano creado en virtud de un tratado de derechos humanos hiciera efectiva una reserva que hubiera declarado incompatible con el objeto y el fin del instrumento que controla») y documento de trabajo ampliado de la Sra. Françoise Hampson (nota 211 *supra*), párr. 59 («no [cabe] esperar que un órgano de supervisión [haga] efectiva una reserva que [haya] considerado incompatible con el objeto y el fin de un tratado»). El Comité de Derechos Humanos mezcla en una única fórmula la cuestión de la imposibilidad de que la reserva incompatible produzca efectos (que no se cuestiona) y la del efecto de dicha incompatibilidad sobre la condición de parte de su autor (que suscita un amplio debate; véanse los párrafos 145 a 191 *infra*).

²³⁰ Véanse las observaciones de los Estados Unidos (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo VI, págs. 130 a 134), del Reino Unido (*ibíd.*, págs. 134 a 139), y de Francia (*ibíd.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, anexo VI, págs. 111 a 113).

²³¹ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. II, anexo XI, comunicación n.º 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, pág. 260, decisión de 2 de noviembre de 1999.

²³² Conforme al otro elemento de las conclusiones de su Observación general n.º 24, el Comité manifestó que el Estado parte seguía vinculado por el Protocolo, cuestión que dista de ser evidente incluso aunque se admita que Trinidad y Tabago pudo retirarse del Protocolo para ratificarlo de nuevo inmediatamente (punto sobre el cual el Relator Especial no se pronuncia en este momento) (véanse los párrafos 165 a 191 *infra*).

²³³ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. II, anexo XI, comunicación n.º 845/1999, párr. 6.7.

²³⁴ *Ibid.*

produce ni los efectos jurídicos vinculados a una reserva efectiva²³⁵ ni los de una reserva válida frente a la que se haya formulado una objeción²³⁶. No produce ningún efecto.

142. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también consideró que una reserva inválida destinada a limitar la competencia de la Corte no podía producir efecto alguno. En su sentencia en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, la Corte señaló lo siguiente:

Trinidad y Tabago no puede prevalerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención²³⁷.

143. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió en principio este enfoque en las causas *Weber c. Suisse*²³⁸, *Belilos c. Suisse*²³⁹ y *Loizidou c. Turquía*²⁴⁰. En las tres causas, el Tribunal, tras haber constatado la falta de validez de las reservas de Suiza y Turquía, aplicó el Convenio Europeo de Derechos Humanos como si no se hubieran formulado. Por consiguiente, no produjeron ningún efecto jurídico.

144. Teniendo en cuenta esta gran aceptación, parece indispensable incluir el propio principio de la ausencia de cualquier efecto jurídico de una reserva inválida sobre el tratado en una directriz 4.5.2, que podría tener la redacción siguiente:

4.5.2 Ausencia de efectos jurídicos de una reserva inválida

Una reserva nula de pleno derecho en virtud de la directriz 4.5.1 carece de efectos jurídicos.

iii) Efectos de la nulidad de la reserva sobre el consentimiento de su autor en obligarse por el tratado

145. La directriz 4.5.2 —que constituye únicamente la consecuencia lógica de la directriz 4.5.1 (y que quizá podría constituir el segundo párrafo de esta disposición)—no resuelve, no obstante, todas las cuestiones relativas a los efectos de la nulidad de una reserva inválida. Aunque se establezca que dicha reserva no puede producir efectos jurídicos, sigue siendo indispensable responder a la cuestión de si su autor se convierte en parte contratante sin el beneficio de su reserva o si la nulidad de su reserva afecta también a su consentimiento en obligarse por el tratado.

²³⁵ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 262 a 267.

²³⁶ Véanse los párrafos 1 a 79 *supra*.

²³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, excepciones preliminares, *Serie C n.º 80*, párr. 98. Véase también la sentencia de ese mismo día, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tabago, excepciones preliminares, *Serie C n.º 81*, párr. 89. En esta última decisión, la Corte llegó a las mismas conclusiones sin por ello precisar que la reserva era incompatible con el objeto y el fin de la Convención.

²³⁸ *Weber c. Suisse*, sentencia de 22 de mayo de 1990, *série A n.º 177*, párrs. 36 a 38.

²³⁹ *Belilos c. Suisse*, sentencia de 29 de abril de 1988, *série A n.º 132*, párr. 60.

²⁴⁰ *Loizidou c. Turquía*, sentencia de 23 de marzo de 1995, *série A n.º 310*, párrs. 89 a 98.

En efecto, estas dos soluciones satisfacen el principio que consagra la ausencia de efectos jurídicos de la reserva: o bien el tratado entra en vigor para el autor de la reserva sin que éste pueda beneficiarse de su reserva inválida, que no produce, por tanto, los efectos pretendidos, o bien el tratado no entra en vigor para el autor de la reserva y, por consiguiente, ésta tampoco produce efectos, no existe ninguna relación convencional²⁴¹. En opinión del Relator Especial, sería deseable, y posible, encontrar un término medio (de hecho) entre estas dos posiciones aparentemente irreconciliables (y que los partidarios de una y otra se han dedicado en el pasado a presentar como tales).

a. Las dos soluciones posibles

146. La primera solución, la divisibilidad (*severability*) de la reserva inválida y del consentimiento en obligarse por el tratado, encuentra hoy en día cierto respaldo en la práctica de los Estados. En efecto, son numerosas las objeciones que están motivadas claramente por la falta de validez de una reserva y que a menudo constatan incluso la nulidad de ésta, así como su incapacidad de producir efectos; no obstante, en casi todos los casos los autores de estas objeciones no se oponen a la entrada en vigor del tratado, es decir, se declaran favorables al establecimiento de una relación convencional con el autor de la reserva. Dada la ausencia de efectos jurídicos de una reserva nula de pleno derecho, dicha relación convencional solamente podría conducir a que el autor de la reserva esté vinculado por el tratado en su totalidad sin que pueda beneficiarse de su reserva.

147. Este punto de vista se ve confirmado por la práctica, seguida en especial por los países nórdicos²⁴², de lo que se ha convenido en llamar objeciones de efecto (u objetivo) «supermáximo»²⁴³, siguiendo el ejemplo de la objeción de Suecia a la reserva formulada por El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (véase el párrafo 75 *supra*):

En consecuencia, el Gobierno sueco formula una objeción respecto de la reserva del Gobierno de la República de El Salvador a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la considera nula y sin valor. Esta objeción no impedirá la entrada en vigor de la Convención entre El Salvador y Suecia. La Convención entrará en vigor entre El Salvador y Suecia en su totalidad, sin que El Salvador pueda beneficiarse de su reserva²⁴⁴.

148. Estas objeciones a las que han recurrido a menudo los países nórdicos —si bien no son ellos quienes originaron esta práctica²⁴⁵— se han desarrollado durante los últimos 15 años y cada vez son más utilizadas, en especial por los Estados europeos. Así, además de Suecia, también

Austria²⁴⁶, la República Checa²⁴⁷ y los Países Bajos²⁴⁸ pretendieron otorgar un efecto supermáximo a sus objeciones a las reservas de El Salvador y Tailandia a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

149. Más recientemente, a comienzos de 2010, varios Estados europeos objetaron la reserva formulada por los Estados Unidos cuando manifestaron su consentimiento en obligarse por el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No menos de cinco de estas objeciones contienen fórmulas que pretenden producir lo que se ha venido en llamar efecto «supermáximo»²⁴⁹. Asimismo, Austria, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Noruega, la República Checa y Rumania también acompañaron sus objeciones a la reserva de Qatar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con la precisión de que estas objeciones no impedirían la entrada en vigor de la Convención entre dichos Estados y el autor de la reserva, sin que éste pudiera beneficiarse de su reserva²⁵⁰. Esta práctica, muy seguida por los países europeos, está influida sin

²⁴⁶ *Ibíd.*, cap. IV.15. En su objeción, Austria subrayó que ésta «no impide la entrada en vigor de la Convención, en su integridad», entre Austria y El Salvador».

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ *Ibíd.* Los Países Bajos precisaron que «entienden que la reserva formulada por el Gobierno de la República de El Salvador no excluye ni modifica los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a la República de El Salvador».

²⁴⁹ *Ibíd.*, cap. XXVI.2: Austria («el Gobierno austríaco objeta la reserva mencionada que han formulado los Estados Unidos de América en relación con el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta posición no es obstáculo para la entrada en vigor de la Convención en su integridad entre los Estados Unidos de América y Austria»); Chipre («el Gobierno de la República de Chipre objeta la reserva mencionada que han formulado los Estados Unidos de América en relación con el Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta posición no es obstáculo para la entrada en vigor de la Convención en su integridad entre los Estados Unidos de América y la República de Chipre»); Finlandia («el Gobierno finlandés objeta, por tanto, la reserva mencionada, a la que considera sin efectos jurídicos, entre los Estados Unidos de América y Finlandia. No obstante, esta objeción no es obstáculo para la entrada en vigor del Protocolo III entre los Estados Unidos de América y Finlandia»); Noruega («el Gobierno del Reino de Noruega objeta la reserva mencionada del Gobierno de los Estados Unidos de América al Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. No obstante, esta objeción no es obstáculo para la entrada en vigor del Protocolo en su integridad entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos de América puedan beneficiarse de su reserva»); Suecia («El Gobierno sueco objeta, por tanto, la reserva mencionada que ha formulado el Gobierno de los Estados Unidos de América en relación con la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, considerando que la reserva carece de efectos jurídicos. La presente objeción no constituye un obstáculo para la entrada en vigor de la Convención entre los Estados Unidos de América y Suecia. La Convención entra en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que los Estados Unidos de América puedan beneficiarse de su reserva»).

²⁵⁰ *Ibíd.*, cap. IV.8.

²⁴¹ Greig, *loc. cit.*, pág. 52; Goodman, «Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent», pág. 531.

²⁴² Sobre esta práctica, véase, en especial, Klabbers, *loc. cit.*, págs. 183 a 186.

²⁴³ Véase Simma, *loc. cit.*, págs. 667 y 668. Véase también *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), pág. 53, párr. 96, y los párrafos 74 a 78 *supra*.

²⁴⁴ Véase la nota 116 *supra*. Véase también la objeción de Suecia a la reserva formulada por Tailandia a la misma Convención (*Traitéés multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.15).

²⁴⁵ Una de las primeras objeciones que, sin decirlo abiertamente, puede calificarse de objeción de efecto «supermáximo» fue la formulada por Portugal como reacción a la reserva de Maldivas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (nota 219 *supra*).

duda por la recomendación del Consejo de Europa de 1999 sobre las reacciones ante las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles, que sugiere a los Estados miembros la utilización de determinadas cláusulas modelo de reacción²⁵¹ que sirven en gran medida de inspiración para las objeciones mencionadas.

150. Sin duda alguna, esta práctica encuentra cierto respaldo en las decisiones de los órganos de derechos humanos y de los tribunales regionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

151. En su sentencia, que sentaba jurisprudencia, en la causa *Belilos c. Suisse*²⁵², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sesión plenaria, no solamente otorgó una nueva calificación a la declaración interpretativa formulada por Suiza, sino que además tuvo que decidir si la reserva (calificada de forma errónea como declaración interpretativa) era válida o no. Tras concluir que la reserva de Suiza carecía de validez, en especial con respecto a las condiciones establecidas en el artículo 64²⁵³ del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal añadió:

Ahora bien, no cabe duda de que Suiza está y se considera vinculada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración²⁵⁴.

152. En su sentencia en la causa *Weber c. Suisse*²⁵⁵, se había solicitado a una sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se pronunciara sobre la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la violación de este precepto por parte del Estado demandado y sobre la aplicación de la reserva de Suiza con respecto a tal disposición, que, según el Estado demandante, era independiente de su declaración interpretativa. En este sentido, Suiza alegó que «la reserva de Suiza al artículo 6, párr. 1 (art. 6-1) [...] impediría por completo que el Sr. Weber se beneficiara del incumplimiento del principio de publicidad ante las jurisdicciones cantonales»²⁵⁶. El Tribunal procedió al examen de la validez de la reserva de Suiza y, más en particular, de su adecuación al artículo 64 del Convenio. Señaló que la reserva

[n]o cumple claramente uno [de los requisitos], ya que el Gobierno de Suiza no adjuntó [a la reserva] «una breve exposición de la ley o leyes de que se trate». Ahora bien, la exigencia del párrafo 2 del artículo 64 (art. 64-2) «constituye al mismo tiempo un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica»; pretende «ofrecer, especialmente a las partes contratantes y a los órganos del Convenio, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas por el Estado en cuestión» (sentencia *Belilos* anteriormente mencionada, *série A n.º 132*, págs. 27 y 28, párr. 59). Su desconocimiento no infringe «una simple exigencia de forma», sino «una condición de fondo» (ibíd.). Por consiguiente, debe considerarse que la reserva de Suiza en cuestión carece de validez²⁵⁷.

Contrariamente a su sentencia en la causa *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no siguió su

²⁵¹ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Rec(99)13, de 18 de mayo de 1999.

²⁵² *Série A n.º 132* (nota 239 *supra*).

²⁵³ En la actualidad, art. 57.

²⁵⁴ Ibíd., párr. 60.

²⁵⁵ *Série A n.º 177* (nota 238 *supra*).

²⁵⁶ Ibíd., párr. 36.

²⁵⁷ Ibíd., párr. 38.

razonamiento preguntándose si la nulidad de la reserva tenía consecuencias sobre el compromiso de Suiza de obligarse por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se limitó simplemente a examinar si el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio había sido efectivamente violado y concluyó que, «por tanto, [había] habido una violación del artículo 6, párr. 1 (art. 6-1)»²⁵⁸. Sin decirlo explícitamente, el Tribunal consideró de esta forma que Suiza seguía estando vinculada por el Convenio, a pesar de la nulidad de su reserva, y que no podía beneficiarse de dicha reserva, de modo que el párrafo 1 del artículo 6 le era aplicable como tal.

153. En su sentencia sobre las excepciones preliminares en la causa *Loizidou c. Turquía*²⁵⁹, la sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprovechó la ocasión para afinar sensiblemente su jurisprudencia. Aunque en esta causa no se planteaba la cuestión de la validez respecto de una reserva a una disposición del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino respecto de una «reserva» a la declaración facultativa de Turquía en virtud de la cual reconocía la competencia obligatoria del Tribunal conforme a los artículos 25 y 46 del Convenio, las conclusiones de la sentencia se pueden extrapolar fácilmente a la problemática de las reservas. Tras constatar la invalidez de las restricciones *ratione loci* de las que Turquía había acompañado sus declaraciones de aceptación de la competencia del Tribunal, los jueces siguieron su razonamiento examinando «si, como consecuencia, puede cuestionarse la validez de las propias aceptaciones»²⁶⁰. El Tribunal señaló lo siguiente:

93. Al examinar esta cuestión, el Tribunal debe tener en cuenta la naturaleza particular del Convenio, instrumento de orden público europeo para la protección de los seres humanos, y su misión, establecida en el artículo 19 (art. 19), consistente en «asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del [...] Convenio».

94. Asimismo, el Tribunal recuerda su sentencia en la causa *Belilos c. Suisse*, de 29 de abril de 1988, en la que, tras haber rechazado una declaración interpretativa por no adecuarse al artículo 64 (art. 64), precisó que Suiza seguía vinculada por el Convenio, pese a la invalidez de la declaración (*série A n.º 132*, pág. 28, párr. 60).

95. El Tribunal no cree que pueda resolver la cuestión de la divisibilidad de las partes inválidas de las declaraciones de Turquía remitiéndose a las declaraciones efectuadas por los representantes de este país con posterioridad al depósito de las declaraciones, bien ante el Comité de Ministros y la Comisión (por lo que se refiere a la declaración relativa al artículo 25) (art. 25), o bien en la audiencia ante el propio Tribunal (con respecto a los artículos 25 y 46) (art. 25, art. 46). En este punto, el Tribunal observa que el Gobierno demandado no ha podido ignorar, teniendo en cuenta la práctica uniforme de las Partes Contratantes en el ámbito de los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46), consistente en aceptar sin condiciones la competencia de la Comisión y del Tribunal, que las cláusulas restrictivas denunciadas tenían una validez cuestionable en el sistema del Convenio y que los órganos de éste podrían considerarlas inadmisibles.

Es interesante observar en este sentido que la Comisión ya expresó en sus alegaciones ante el Tribunal en la causa del régimen lingüístico en Bélgica (excepción preliminar) y la causa *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (sentencias de 9 de febrero de 1967 y de 7 de diciembre de 1976, *série A*, n.ºs 5 y 23, respectivamente) la opinión de que el artículo 46 (art. 46) no autorizaba ninguna restricción en cuanto al reconocimiento de la competencia del Tribunal (véanse, respectivamente, la segunda memoria de la Comisión de 14 de julio de 1966, *série B n.º 3*, vol. I, pág. 432, y la memoria de la Comisión (excepción preliminar) de 26 de enero de 1976, *série B n.º 21*, pág. 119).

²⁵⁸ Ibíd., párr. 40.

²⁵⁹ *Série A n.º 310* (nota 240 *supra*).

²⁶⁰ Ibíd., párr. 89.

La reacción posterior de varias Partes Contratantes a las declaraciones de Turquía [...] respalda con firmeza la anterior observación según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones. Desde este punto de vista, el Gobierno demandado no puede invocar las declaraciones *ex post facto* de los representantes turcos para apartarse de la intención fundamental, aunque matizada, de aceptar la competencia de la Comisión y el Tribunal.

96. Por tanto, compete al Tribunal, en el ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 19 (art. 19), resolver la cuestión remitiéndose al texto de las declaraciones respectivas y a la naturaleza particular del régimen del Convenio. Ahora bien, éste aboga por la separación de las cláusulas impugnadas, ya que de esta forma se pueden garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio en todos los ámbitos dependientes de la «jurisdicción» de Turquía en el sentido del artículo 1 (art. 1) del Convenio.

97. El Tribunal ha examinado el texto de las declaraciones y el tenor de las restricciones con vistas a determinar si las restricciones impugnadas pueden separarse de los instrumentos de aceptación o si forman parte integrante e indivisible de ellos. Incluso considerando los textos de las declaraciones relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) como un todo, el Tribunal estima que las restricciones denunciadas pueden separarse del resto del texto, dejando intacta la aceptación de las cláusulas facultativas.

98. De ello se desprende que las declaraciones de 28 de enero de 1987 y 22 de enero de 1990 relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) del Convenio contienen aceptaciones válidas de la competencia de la Comisión y el Tribunal²⁶¹.

154. En su sentencia sobre las excepciones preliminares en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*²⁶², la Corte Interamericana de Derechos Humanos también observó que, teniendo en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su objeto y su fin, Trinidad y Tabago no podía beneficiarse de su declaración por la que limitaba la aceptación de la competencia de la Corte, y seguía vinculada por su aceptación de dicha competencia obligatoria²⁶³.

155. Mediante la comunicación individual *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, el Comité de Derechos Humanos examinó una problemática comparable en relación con la reserva formulada por el Estado parte cuando volvió a adherirse al Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tras concluir que la reserva carecía de validez por causa de su carácter discriminatorio, el Comité se limitó a constatar: «La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo»²⁶⁴. En otras palabras, Trinidad y Tabago seguía estando vinculada por el Protocolo y no podía beneficiarse de la reserva que había formulado.

156. Esta última decisión del Comité de Derechos Humanos se adecua a las conclusiones contenidas en su Comentario general n.º 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de

la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto²⁶⁵, en la que el Comité afirmaba lo siguiente:

La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta²⁶⁶.

Por lo demás, cabe destacar en este momento que el texto aprobado por el Comité no sugiere que esta consecuencia «normal» sea la «única» posible y no excluye la posibilidad de otras soluciones.

157. No obstante, en sus observaciones sobre el Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, Francia afirmó categóricamente

que los acuerdos, sea cual fuere su índole, se rigen por el derecho de los tratados; que se basan en el consentimiento de los Estados y que las reservas son las condiciones que los Estados ponen a ese consentimiento; que de lo anterior se deduce necesariamente que, si se consideran esas reservas incompatibles con el fin y objeto del tratado, la única consecuencia que de ello cabe sacar es declarar que ese consentimiento no es válido y decidir que no se considere a esos Estados partes en el instrumento de que se trate²⁶⁷.

158. Este punto de vista, que refleja la otra única solución posible a la cuestión de si el autor de una reserva inválida se convierte en parte contratante o no, se basa en el principio de que la nulidad de la reserva afecta a todo el acto que expresa el compromiso de obligarse por el tratado. En su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ respondió a la primera pregunta planteada por la Asamblea General

que el Estado que haya formulado y mantenido una reserva a la que hayan formulado objeciones una o más partes en la Convención, pero no otras, puede considerarse como parte en la Convención si dicha reserva es compatible con el objeto y el fin de la Convención; de lo contrario, no se le puede considerar parte en la Convención²⁶⁸.

Según este enfoque, la reserva aparece como una condición *sine qua non* del consentimiento de su autor en obligarse por el tratado, lo cual se adecuaría al principio del consensualismo. Si la condición no es válida (*permissible*), no existe consentimiento por parte del autor de la reserva. En estas condiciones, corresponde únicamente al autor de la reserva tomar las decisiones necesarias para paliar la nulidad de su reserva y no debería considerarse parte en el tratado en tanto en cuanto no haya retirado o modificado su reserva.

159. La práctica del Secretario General en su calidad de depositario de los tratados multilaterales también parece confirmar esta solución radical. A este respecto, se señala lo siguiente:

191. Si el tratado prohíbe todas las reservas, el Secretario General se negará a aceptar el depósito del instrumento. Informará del problema

²⁶¹ *Ibid.*, párrs. 93 a 98.

²⁶² *Serie C n.º 80* (nota 237 *supra*).

²⁶³ *Ibid.*, párr. 98.

²⁶⁴ Informe del Comité de Derechos Humanos (A/55/40) (nota 231 *supra*), párr. 6.7. Véase también el párrafo 141 *supra*.

²⁶⁵ Informe del Comité de Derechos Humanos (A/50/40) (nota 230 *supra*), págs. 122 a 129.

²⁶⁶ *Ibid.*, párr. 127, párr. 583.

²⁶⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos (A/51/40) (nota 230 *supra*), párr. 113, párr. 13.

²⁶⁸ *C.I.J. Recueil 1951*, párr. 29.

al Estado interesado y no comunicará la notificación relativa al instrumento a los demás Estados [...].

192. Si la prohibición de las reservas afecta únicamente a determinados artículos o, a la inversa, si las reservas únicamente están autorizadas para determinadas disposiciones, el Secretario General actuará del mismo modo, *mutatis mutandis*, cuando existan reservas que no se ajusten a las disposiciones del tratado. [...]

193. Sin embargo, sólo cuando a primera vista no haya ninguna duda de que la declaración que acompaña al instrumento constituye una reserva no autorizada, el Secretario General rechazará el depósito. Este sería ciertamente el caso de una declaración que dijera, por ejemplo, «el Estado X no aplicará el artículo Y», cuando el tratado prohibiera todas las reservas o las reservas al artículo Y²⁶⁹.

No obstante, nada justifica que se haga una distinción entre las reservas prohibidas por el tratado y las reservas inválidas por otras razones²⁷⁰.

160. La práctica de los Estados, sin ser completamente inexistente, es todavía menos coherente en este aspecto. Por ejemplo, Israel, Italia y el Reino Unido objetaron la reserva formulada por Burundi en su adhesión a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Pero mientras que

[e]l Gobierno del Estado de Israel estima que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi es incompatible con el objeto y el fin de la Convención. Por tanto, no puede considerar como válida la adhesión de Burundi a la Convención en tanto en cuanto no se retire la reserva²⁷¹,

los otros dos Estados que objetaron la reserva de Burundi no incluyeron una declaración de ese tipo²⁷².

161. China, que había ratificado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1951²⁷³, declaró que:

²⁶⁹ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/7/Rev.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15), págs. 57 y 58, párrs. 191 a 193.

²⁷⁰ Véase la directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva) y su comentario (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 84).

²⁷¹ *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. XVIII.7. La objeción presentada por el Reino Unido señalaba que el fin de esa Convención era asegurar la represión, a escala mundial, de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y negar asilo a los autores de dichos delitos. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi era incompatible con el objeto y el fin de la Convención, el Reino Unido no podía considerar la adhesión de Burundi a la Convención como válida en tanto en cuanto no retirara dicha reserva (*ibíd.*). Y la de Italia consideraba que el fin de la Convención era asegurar la represión, a escala mundial, de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y negar asilo a los autores de dichos delitos. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la reserva formulada por el Gobierno de Burundi era incompatible con el objeto y el fin de la Convención, Italia no podía considerar la adhesión de Burundi a la Convención como válida en tanto en cuanto no retirara dicha reserva (*ibíd.*).

²⁷² La objeción de la República Federal de Alemania señalaba que la reserva formulada por Burundi con respecto al párrafo 2 del artículo 2 y al párrafo 1 del artículo 6 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, era incompatible con el objeto y el fin de dicha Convención (*ibíd.*). Francia, al adherirse a la Convención, declaró que objetaba la declaración efectuada por Burundi el 17 de diciembre de 1980, por la que limitaba la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 6 (*ibíd.*).

²⁷³ Esta notificación se produjo antes de la aprobación por parte de la Asamblea General, el 25 de octubre de 1971, de la resolución

objeta todas las reservas idénticas formuladas en el momento de la firma o de la ratificación de la Convención o de la adhesión a dicha Convención por parte de Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. El Gobierno chino considera que las reservas mencionadas son incompatibles con el fin y el objeto de la Convención; en consecuencia, en virtud de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951 [*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*], no considera a los Estados anteriormente enumerados como partes en la Convención²⁷⁴.

Únicamente los Países Bajos formularon una objeción comparable en 1966²⁷⁵.

162. En la inmensa mayoría de los casos, los Estados que formulan objeciones a una reserva considerando que ésta no es válida precisan expresamente que su objeción no impide la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, sin entender que sea necesario dar más explicaciones sobre el contenido de las relaciones convencionales que eventualmente se establezcan. En 2005, la Comisión, sorprendida por esta práctica, que le parecía poco coherente, solicitó los comentarios de los Estados Miembros a la siguiente pregunta:

Con frecuencia los Estados hacen objeción a una reserva que estiman incompatible con el objeto y el fin del tratado, sin oponerse por ello a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva. La Comisión estaría especialmente interesada en recibir las observaciones de los gobiernos sobre esa práctica. En particular, desearía conocer los efectos que los autores esperan que tengan esas objeciones y cómo, a juicio de los gobiernos, esa práctica concuerda con las disposiciones del apartado c del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969²⁷⁶.

163. Los puntos de vista expresados por varias delegaciones en la Sexta Comisión ponen claramente de manifiesto el desacuerdo que existe con respecto a la respuesta que se ha de dar a la pregunta espinosa de la validez del compromiso de obligarse por el tratado en caso de invalidez de la reserva. Así, varios Estados²⁷⁷ afirmaron que esta práctica es «paradójica» y que, en todo caso, el autor de la objeción «no puede limitarse a hacer caso omiso de la reserva y actuar como si nunca se hubiera presentado»²⁷⁸. Francia subrayó que

2758 (XXVI), que decidió «restituir a la República Popular de China todos sus derechos y reconocer a los representantes de su Gobierno como únicos representantes legítimos de China en las Naciones Unidas»; el Gobierno de la República Popular de China declaró, al ratificar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el 18 de abril de 1983, que la ratificación de dicha Convención, el 19 de julio de 1951, por las autoridades locales de Taiwán en nombre de la República de China era ilegal y carecía de efectos (*Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.1).

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ La objeción de los Países Bajos señalaba que «consideraban que las reservas que habían formulado Albania, Argelia, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, la India, Marruecos, Polonia, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en relación con el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, abierta a la firma en París el 9 de diciembre de 1948, eran incompatibles con el objeto y el fin de la Convención. En consecuencia, el Gobierno del Reino de los Países Bajos consideraba que no eran partes en la Convención los Estados que hubieran formulado o formularan dichas reservas» (*ibíd.*).

²⁷⁶ *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 29.

²⁷⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párr. 3 (Reino Unido); *ibíd.*, párr. 72 (Francia); 16.ª sesión (A/C.6/60/SR.16), párr. 20 (Italia), e *ibíd.*, párr. 44 (Portugal).

²⁷⁸ *Ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párr. 72 (Francia).

esa objeción crearía el denominado «efecto supermáximo», puesto que permitiría la aplicación del tratado en su conjunto sin tener en cuenta que se ha presentado una reserva. Eso pondría en entredicho el principio básico del consenso subyacente al derecho de los tratados²⁷⁹.

Por su parte, otros Estados observaron que era preferible ver cómo el autor de la reserva se convertía en Estado contratante u organización contratante a excluirlo de las partes en el tratado. En este sentido, Suecia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), afirmó lo siguiente:

La práctica de separar las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado se conjuga bien con el artículo 19, en que queda claro que no se espera que esas reservas se incluyan en las relaciones convencionales entre los Estados. Si bien una alternativa al presentar objeciones a las reservas inadmisibles consiste en excluir por completo las relaciones convencionales bilaterales, la opción de la separación garantiza las relaciones convencionales bilaterales y abre posibilidades de diálogo en el marco del régimen de tratados²⁸⁰.

164. No obstante, conviene tener en cuenta que los partidarios de este punto de vista condicionaban la entrada en vigor del tratado a la voluntad del autor de la reserva: «No obstante, hay que tener en cuenta la voluntad del Estado autor de la reserva respecto de la relación entre la ratificación de un tratado y la reserva»²⁸¹.

b. La presunción de la voluntad del autor de la reserva inválida

165. Aunque, a primera vista, las dos soluciones y los dos puntos de vista con respecto a la cuestión de la entrada en vigor del tratado puedan parecer diametralmente opuestos, son conciliables con el principio básico del derecho de los tratados, es decir, el principio del consensualismo. Así pues, la clave para hallar la solución probablemente se encuentre en la nueva voluntad del autor de la reserva: ¿se considera obligado por el tratado incluso si su reserva no es válida —sin el beneficio de la reserva— o constituye su reserva una condición *sine qua non* de su compromiso de obligarse por el tratado?

166. Teniendo en cuenta el problema específico, aunque comparable, de las reservas a la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ contemplada en el párrafo 2 del Artículo 36 de su Estatuto, el magistrado Lauterpacht consideró en su opinión disidente en el fallo *Interhandel* lo siguiente:

Si esta reserva es una condición esencial de la aceptación en el sentido de que, a falta de dicha reserva, el Estado declarante no habría consentido jamás en contraer la obligación principal, la Corte no debería

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 23 (Suecia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)). Véase también *ibid.*, 17.ª sesión (A/C.6/60/SR.17), párr. 24 (España); 18.ª sesión (A/C.6/60/SR.18), párr. 86 (Malasia); y 19.ª sesión (A/C.6/60/SR.19), párr. 39 (Grecia).

²⁸¹ *Ibid.*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párr. 23. Véase también la posición del Reino Unido: «Respecto de la cuestión conexa del efecto 'supermáximo' de una objeción, consistente en la constatación, no sólo de que la reserva a la que se hace objeción no es válida, sino también de que, en consecuencia, el tratado se aplica *ipso facto* en su conjunto a las relaciones entre los dos Estados, su delegación considera que ese caso sólo puede darse en las circunstancias más excepcionales, por ejemplo, si se puede decir que el Estado autor de la reserva ha aceptado ese efecto o lo ha consentido» (*ibid.*, párr. 4).

hacer caso omiso de dicha reserva y considerar al mismo tiempo que el Estado aceptante queda vinculado por la declaración²⁸².

Por tanto, lo que importa es la voluntad del autor de la reserva y su intención de obligarse por el tratado, con independencia de que se beneficie o no de su reserva. Así sucede también cuando se trata de las reservas más clásicas a las disposiciones convencionales.

167. En su sentencia en la causa *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, prestó especial atención a la posición de Suiza con respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Señaló expresamente que no cabía duda de que Suiza se consideraba vinculada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración²⁸³. Por tanto, el Tribunal tomó claramente en consideración el hecho de que la propia Suiza, es decir, el país autor de la «reserva» inválida, se consideraba vinculado por el tratado a pesar de la nulidad de esa reserva y se había comportado como tal.

168. Asimismo, en la causa *Loizidou*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confió, si no en la voluntad del Gobierno de Turquía —que había alegado durante el procedimiento ante el Tribunal que «si las restricciones que acompañan a las declaraciones relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) del Convenio no se reconocieran como válidas con carácter global, habría que considerar las declaraciones [de la aceptación de la jurisdicción del Tribunal] como nulas y sin valor en su integridad»²⁸⁴—, al menos sí en el hecho de que Turquía, con pleno conocimiento de causa, había asumido el riesgo de que se considerara que las restricciones derivadas de la reserva carecían de validez:

El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones²⁸⁵.

169. Por tanto, el «enfoque de Estrasburgo»²⁸⁶ consiste en respetar la voluntad del Estado autor de la reserva de obligarse por el tratado aunque esta reserva no sea válida²⁸⁷. No obstante, a tal efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se basó únicamente en las declaraciones expresas del Estado en cuestión —como ocurrió, por ejemplo, en la causa *Belilos*²⁸⁸—, sino que también

²⁸² Caso *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 117. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 64.

²⁸³ Véase la nota 239 *supra*.

²⁸⁴ *Série A n.º 310*, párr. 90.

²⁸⁵ *Ibid.*, párr. 95.

²⁸⁶ Simma, *loc. cit.*, pág. 670.

²⁸⁷ Véase la nota 281 *supra*. Según Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», pág. 358: «Una solución alternativa a la que se puede llegar para la reconstrucción de la voluntad del Estado autor de la reserva es que el Estado en cuestión hubiera pretendido obligarse por el tratado incluso en el caso de que la reserva fuera considerada inadmisibles y, por consiguiente, no pudiera beneficiarse de ella».

²⁸⁸ Sobre esta causa y sus repercusiones, véanse las explicaciones de Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, págs. 160 a 163; Bourguignon, «The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties»; Cameron y Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case»; Marks, «Reservations unbinding: the

procedió a «restablecer» la voluntad del Estado. Tal y como escribió Schabas:

El Tribunal Europeo no ha dejado de lado la prueba de la intención para determinar si una reserva es separable del tratado. Más bien parece hacer hincapié en la dificultad de identificar esta intención y manifiesta cierta indiferencia por factores tales como las declaraciones formales del Estado²⁸⁹.

Únicamente cuando se establezca que el Estado autor de la reserva (cuya invalidez se reconoce) no la consideraba un elemento esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado, podrá separarse dicha reserva de su compromiso convencional.

170. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no limitan sus consideraciones únicamente a la voluntad del Estado autor de la reserva inválida, sino que ambos toman en cuenta el carácter particular del instrumento cuyo respeto aseguran. Así, en la causa *Loizidou*, el Tribunal Europeo llama la atención sobre el hecho de que

[a] examinar esta cuestión, el Tribunal debe tener en cuenta la naturaleza particular del Convenio, instrumento de orden público europeo para la protección de los seres humanos, y su misión, establecida en el artículo 19 (art. 19), consistente en «asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del [...] Convenio»²⁹⁰.

La Corte Interamericana, por su parte, en su sentencia en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, subrayó lo siguiente:

93. Asimismo, aceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención.

94. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados²⁹¹.

171. La posición expresada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general n.º 24 es más categórica todavía²⁹². En efecto, el Comité no establece ningún vínculo entre la entrada en vigor del tratado, pese a la nulidad de la reserva inválida, y la voluntad de su autor a este respecto. Se limita a constatar que la «consecuencia normal»²⁹³ es la entrada en vigor del tratado, sin que el autor de la reserva pueda beneficiarse de ella.

Belilos case before the European Court of Human Rights»; y Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)».

²⁸⁹ Schabas, «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?», pág. 322.

²⁹⁰ *Série A n.º 310* (nota 284 *supra*), párr. 93.

²⁹¹ *Série C n.º 80* (nota 237 *supra*), párrs. 93 y 94.

²⁹² La Sra. Françoise Hampson consideró que no cabía esperar que un órgano de supervisión hiciera efectiva una reserva que hubiera considerado incompatible con el objeto y el fin de un tratado. El resultado era la aplicación del tratado sin la reserva, con independencia de que se le llamara «divisibilidad» o que se usara otra expresión, como no aplicación, para designarlo (documento de trabajo ampliado de la Sra. Françoise Hampson (nota 211 *supra*), párr. 59).

²⁹³ Véase la nota 266 *supra*.

No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente²⁹⁴, esta consecuencia «normal», que, según parece, reviste en la opinión del Comité cierto automatismo, no excluye (sino que, al contrario, implica) que la reserva inválida pueda producir otras consecuencias «anormales». Pero el Comité no se pronuncia ni sobre la cuestión de cuáles puedan ser esas otras consecuencias ni sobre cómo se produce la consecuencia «normal» o una eventual consecuencia «anormal» y sobre qué base.

172. Sea como fuere, la posición de los órganos de derechos humanos se ha visto sensiblemente matizada en los últimos años. Así, en la cuarta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y la 17.ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, se señaló lo siguiente:

En la reunión con la Comisión de Derecho Internacional celebrada el 31 de julio de 2003, el Comité de Derechos Humanos confirmó que seguía haciendo suya la Observación general n.º 24 y que varios de sus miembros habían recalado que el planteamiento de la divisibilidad no cesaba de ganar apoyo, pero que no existía una conclusión automática en cuanto a la divisibilidad en el caso de las reservas inadmisibles, sino únicamente una presunción²⁹⁵.

173. En 2006, el Grupo de Trabajo sobre las reservas observó que se pueden señalar varias consecuencias una vez constatada la invalidez de una reserva. Finalmente, propuso la siguiente recomendación 7:

*La determinación de esas consecuencias depende de la intención del Estado en el momento de formular la reserva**. Dicha intención debe determinarse mediante un examen serio de la información disponible, partiendo del supuesto, que puede ser desmentido, de que el Estado preferiría seguir siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva que ser excluido de él²⁹⁶.

174. Las recomendaciones del Grupo de Trabajo encargado de examinar la práctica relativa a las reservas de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos²⁹⁷, ratificadas por la sexta reunión de los comités²⁹⁸ en 2007, se recordaron en la introducción del decimocuarto informe²⁹⁹. Según la nueva recomendación 7:

En cuanto a las consecuencias de la invalidez, el Grupo de Trabajo está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional según la cual una reserva invalidada debe considerarse nula y sin valor. De ello se desprende que un Estado no podrá basarse en dicha reserva y, *a menos que su intención en contrario quede establecida de forma indisputable**, seguirá siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva.

175. Por tanto, está claro que el elemento determinante sigue siendo la intención del Estado autor de la reserva inválida. La entrada en vigor deja de constituir una simple consecuencia automática de la nulidad de la reserva para convertirse en una presunción. En opinión del Relator

²⁹⁴ Véase el párrafo 156 *supra*.

²⁹⁵ La práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia, HRI/MC/2005/5, párr. 37.

²⁹⁶ HRI/MC/2006/5, párr. 16.

²⁹⁷ Véase HRI/MC/2007/5.

²⁹⁸ Informe de la sexta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, A/62/224, anexo, párr. 48, apdo. v).

²⁹⁹ *Anuario...* 2009, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 53.

Especial, esta posición merece ser tomada en consideración seriamente en la Guía de la práctica, ya que concilia de forma razonable el principio básico del derecho de los tratados —el consensualismo— con la posibilidad de considerar que el autor de una reserva inválida está vinculado por el tratado sin el beneficio de la reserva.

176. No obstante, puede haber dudas sobre el sentido de la presunción, en la medida en que, en teoría, se puede prevenir tanto que la intención es que el tratado entre en vigor como, por el contrario, que el autor de la reserva pretende que el tratado no entre en vigor.

177. Una presunción negativa que suponga negarse a considerar al autor de la reserva como Estado contratante u organización contratante en tanto en cuanto no se establezca la intención contraria respeta más el principio del consensualismo, en virtud del cual, en palabras de la CIJ, «un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, verse obligado sin su consentimiento»³⁰⁰. En efecto, desde este punto de vista, un Estado o una organización internacional que ha formulado una reserva —incluso aunque no sea válida— ha expresado precisamente su desacuerdo con la disposición o disposiciones que dicha reserva pretende modificar o cuyos efectos jurídicos pretende excluir. En sus observaciones sobre el Comentario general n.º 24, el Reino Unido consideró «muy poco factible tratar de hacer responsable a un Estado de obligaciones previstas en el Pacto que evidentemente no ha ‘reconocido expresamente’, sino que más bien ha indicado en forma explícita no estar dispuesto a aceptar»³⁰¹. Desde esta perspectiva, no se puede constatar ni presumir ningún acuerdo en sentido contrario mientras que el Estado o la organización en cuestión no hayan dado su consentimiento o, al menos, prestado su aquiescencia a obligarse por dicha disposición o disposiciones sin beneficiarse de su reserva.

178. Sin embargo, la presunción inversa —positiva— tiene varias ventajas que, dejando de lado cualquier consideración de oportunidad política, juegan claramente a su favor, aunque, sin duda, no se trate de una norma contemplada en las Convenciones de Viena³⁰² ni en el derecho internacional consuetudinario³⁰³, aun cuando no se pueden ignorar las decisiones de los tribunales de derechos humanos y las posiciones adoptadas por los demás órganos creados por los instrumentos de derechos humanos, ni tampoco la práctica de los Estados en la materia, cada vez más desarrollada.

179. En primer lugar, conviene recordar que el autor de la reserva, por definición, ha querido convertirse en parte contratante en el tratado en cuestión. La reserva se formula al mismo tiempo que se expresa el consentimiento en obligarse por el tratado, en virtud del cual el Estado o la organización internacional da forma a su intención de integrarse en el círculo privilegiado de las partes y se

compromete a respetar el tratado. La reserva desempeña sin duda un papel en este proceso, pero a los efectos del establecimiento de la presunción no hay que sobrestimar su importancia. Tal y como ha observado Goodman:

El conjunto de reservas que formula un Estado refleja la relación ideal que desea tener con respecto al tratado y no la relación esencial que exige para obligarse por él³⁰⁴.

180. Además, y lo que quizá es más importante, es claramente más razonable presumir que el autor de la reserva forma parte del círculo de Estados contratantes o de organizaciones contratantes para regular las dificultades vinculadas a la nulidad de su reserva en el marco de dicho círculo privilegiado. No hay que olvidar en este sentido que, tal y como ha señalado la Comisión en sus Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos³⁰⁵,

en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser parte en el tratado³⁰⁶.

A tal efecto, como se señaló en la cuarta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y en la 17.ª reunión de los presidentes de estos órganos, «debía alentarse a los órganos creados en virtud de tratados» de derechos humanos —o a cualquier otro mecanismo establecido por el tratado o las partes en el tratado consideradas en su conjunto— «a que siguiesen aplicando la práctica [actual] de entablar un diálogo con los Estados que hubiesen formulado reservas, con miras a modificar la reserva incompatible para que fuese compatible con el tratado»³⁰⁷. Este objetivo puede lograrse más fácilmente si al Estado o a la organización internacional autor de la reserva se le considera como parte en el tratado.

181. Por otro lado presumir la entrada en vigor del tratado permite garantizar la seguridad jurídica. Esta presunción (a condición de que no sea irrefutable) puede contribuir a llenar el vacío jurídico que existe necesariamente entre el momento en que se formula la reserva y el momento en que se comprueba su nulidad: durante todo este período (que puede durar varios años), el autor de la reserva se ha comportado como parte en el tratado y ha sido considerado como tal por las demás partes.

182. Estas consideraciones llevan al Relator Especial a recomendar encarecidamente a la Comisión que asuma la idea de una presunción, relativa y refutable, según la cual, en ausencia de intención en sentido contrario de su autor, el tratado se aplica al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva inválida, y ello a pesar de dicha reserva. Esto significa que, con esta condición fundamental (de ausencia de intención en sentido contrario del autor de la reserva), se presume que el tratado ha entrado en vigor para el autor de la reserva —siempre y cuando el tratado haya entrado en vigor efectivamente para los Estados contratantes y las organizaciones contratantes— y la reserva no produce ningún

³⁰⁰ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1951, pág. 21.

³⁰¹ Informe del Comité de Derechos Humanos (A/50/40) (nota 162 *supra*), pág. 138, párr. 14.

³⁰² Tal y como se ha recordado anteriormente, las Convenciones de Viena no abordan la cuestión de las reservas inválidas. Véanse los párrafos 96 a 112 *supra*.

³⁰³ Véase, en especial, Baratta, «Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded», págs. 419 y 420.

³⁰⁴ *Op. cit.*, pág. 537.

³⁰⁵ *Anuario...* 1997, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58, párr. 157.

³⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 58, párr. 157 (punto 10).

³⁰⁷ HRI/MC/2005/5, párr. 42.

efecto jurídico sobre el contenido del tratado³⁰⁸, que se aplica íntegramente.

183. En la práctica resulta difícil determinar la intención del autor de la reserva inválida. En efecto, no es fácil identificar qué ha impulsado a un Estado o a una organización internacional a expresar su consentimiento en obligarse por el tratado, por un lado, y a acompañar dicha manifestación con una reserva, por otro, debido a que «en la fase actual de la sociedad internacional, sólo el Estado podía saber la función exacta de su reserva a su consentimiento»³⁰⁹. Puesto que la presunción que puede servir de fundamento es refutable, resulta indispensable, no obstante, determinar si el autor de la reserva habría ratificado, con pleno conocimiento de causa, el tratado sin la reserva o si, por el contrario, se habría abstenido de hacerlo. Hay que tener en cuenta varios elementos.

184. En primer lugar, el propio texto de la reserva puede, sin duda, aportar elementos para determinar la intención de su autor en caso de que aquella carezca de validez. Al menos así sucede cuando la reserva está motivada conforme a la recomendación formulada en la directriz 2.1.9 de la Guía de la práctica³¹⁰:

2.1.9 Motivación

En lo posible, una reserva debería indicar los motivos por los cuales se hace.

La motivación de una reserva puede no solamente aclarar su sentido, sino también permitir determinar si la reserva es considerada como una condición esencial para el compromiso de obligarse por el tratado o no. Asimismo, se pueden encontrar indicios en cualquier declaración efectuada por el autor de la reserva en el momento de la firma, la ratificación, la adhesión o una declaración de sucesión. No obstante, cualquier declaración realizada con posterioridad y, sobre todo, las declaraciones que el autor de la reserva pueda tener que efectuar en un procedimiento judicial relativo a la validez y los efectos de la invalidez de su reserva deben ser tratadas con prudencia³¹¹.

185. Con independencia del propio texto de la reserva y de su motivación, también hay que tomar en consideración el contenido y el contexto de la disposición o disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva, por un lado, así como el objeto y el fin del tratado, por otro. Tal y como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han prestado gran atención a la «naturaleza particular» del tratado en cuestión³¹²; no hay razón alguna para limitar estas consideraciones a los tratados de derechos humanos, que no constituyen una categoría específica de tratados —en todo caso, a los efectos de la aplicación de las normas relativas a las reservas³¹³— y

que no son los únicos que establecen «valores comunes superiores».

186. Por otro lado, tal y como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia en la causa *Belilos*³¹⁴, también resulta acertado tomar en consideración la actitud posterior del autor en relación con el tratado. Así, los representantes de Suiza no dejaron ninguna duda, por sus actos y sus declaraciones ante el Tribunal, sobre el hecho de que ese país se consideraba vinculado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluso en el caso de que su declaración interpretativa fuera considerada inválida. Por lo demás, según señaló Schabas con respecto a las reservas formuladas por los Estados Unidos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Determinados aspectos de la práctica de los Estados Unidos abonan el argumento según el cual está en su intención obligarse por el Pacto, sea cual sea el resultado del litigio relativo a la legalidad de su reserva. Es útil recordar que Washington participó plenamente en la redacción de la Convención Americana, cuyas disposiciones son muy similares a los artículos 6 y 7 del Pacto y, de hecho, se inspiraron en éstos [...]. Aunque rápidamente haya cuestionado [la prohibición de] la pena de muerte para los menores de edad o la exclusión de los delitos políticos, [el representante de los Estados Unidos] no objetó las disposiciones relativas a la pena de muerte o la tortura. Los Estados Unidos firmaron la Convención Americana el 1.º de junio de 1977 sin reservas³¹⁵.

Aunque es evidente que, dado el efecto relativo de cualquier reserva, hay que ser prudentes cuando se procede a efectuar una comparación entre diferentes tratados, es ciertamente posible referirse a la actitud anterior del Estado autor de la reserva respecto de disposiciones semejantes a aquellas a las que se refiere la reserva. Una práctica reiterada de un Estado que consista en excluir sistemáticamente los efectos jurídicos de una obligación particular contenida en varios instrumentos puede, sin duda alguna, constituir una prueba nada desdeñable de que el autor de la reserva no quiere bajo ninguna circunstancia estar vinculado por dicha obligación.

187. Por último, también se deben tener en cuenta las reacciones de los demás Estados y organizaciones internacionales. Aunque evidentemente dichas reacciones no puedan por sí mismas producir efectos jurídicos neutralizando la nulidad de la reserva, sí pueden ayudar a evaluar la intención del autor de la reserva o, más correctamente, el riesgo que puede haber corrido voluntariamente al formular una reserva inválida. Esta situación quedó especialmente bien ilustrada en la causa *Loizidou* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que, recordando la jurisprudencia anterior a la formulación de la reserva por Turquía, así como las objeciones formuladas por varios Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹⁶, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

La reacción posterior de varias Partes Contratantes a las declaraciones de Turquía [...] respalda con firmeza la anterior observación según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba

normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58, párr. 157.

³¹⁴ Véanse los párrafos 167 a 169 *supra*.

³¹⁵ Schabas, *loc. cit.*, pág. 322.

³¹⁶ *Série A n.º 310*, párrs. 18 a 24.

³⁰⁸ Véanse los párrafos 130 a 144 *supra*.

³⁰⁹ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 83.

³¹⁰ Para el comentario sobre esta directriz, véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124.

³¹¹ En este sentido, véase el caso *Loizidou*, *série A n.º 310*, párr. 95; véase también el párrafo 153 *supra*.

³¹² Véase el párrafo 170 *supra*.

³¹³ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 54 a 87, párrs. 55 a 260, y las Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales

dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones³¹⁷.

188. La combinación de estos criterios debería servir de guía a las autoridades que tengan que tomar una decisión acerca de las consecuencias de la nulidad de una reserva inválida, teniendo presente que esta lista no es en absoluto exhaustiva y que se deben tomar en consideración todos los elementos que permitan determinar la intención del autor de la reserva.

189. Dicho esto, el establecimiento de dicha presunción no debe constituir una aprobación de lo que en la actualidad se denominan objeciones de efecto «supermáximo». Es cierto que la presunción puede conducir al mismo resultado pretendido por dichas objeciones. Pero mientras que, aparentemente, una objeción de efecto «supermáximo» trata de imponer al autor de la reserva el respeto al tratado sin el beneficio de la reserva por la única razón de que ésta no es válida, la presunción se basa en la intención del autor de la reserva, intención que puede ser hipotética en ausencia de toda indicación expresa de su parte, aunque se entiende que nada impide al autor de la reserva comunicar a las demás partes contratantes su voluntad real. Así, el respeto a la totalidad del tratado se desprende, no de la apreciación subjetiva de otra parte contratante, sino de la propia nulidad de la reserva y de la voluntad de su autor. ¡Una objeción, ya sea simple o con carácter supermáximo, no puede producir dicho efecto³¹⁸! Ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere adecuadas³¹⁹, ni el Estado que formula una objeción ni el que formula una reserva, lo cual no quiere decir en modo alguno que dicha práctica carezca de significado³²⁰.

190. Teniendo en cuenta esta salvedad, convendría incluir en la Guía de la práctica una directriz 4.5.3 que enuncie la presunción refutable de la aplicación del tratado en su integridad para el autor de una reserva inválida.

191. El primer párrafo de la directriz 4.5.3 propuesto por el Relator Especial incorpora la presunción a favor de la aplicación del tratado en su integridad, mientras que el segundo contiene una lista a modo de ejemplo, y sin carácter exhaustivo, de los elementos que se deben tomar en consideración para determinar la intención del autor de la reserva. Dicha directriz podría tener la siguiente redacción:

4.5.3 *[Aplicación del tratado en caso de reserva inválida] [Efectos de la nulidad de una reserva sobre el compromiso de obligarse por el tratado]*

Cuando se haya formulado una reserva inválida con respecto a una o más disposiciones de un tratado o a determinados aspectos concretos del tratado en su conjunto, el tratado se aplicará al Estado o a la organización

internacional autor de la reserva, no obstante la reserva, salvo si se hubiera establecido su intención en sentido contrario.

La intención del autor de la reserva se determinará tomando en consideración toda la información disponible, especialmente, pero no de forma exclusiva:

- Los términos de la reserva;
- La disposición o disposiciones a las que se refiere la reserva y el objeto y el fin del tratado;
- Las declaraciones realizadas por el autor de la reserva al negociar, firmar o ratificar el tratado;
- Las reacciones de los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes, y
- La actitud posterior del autor de la reserva.

192. De forma deliberada, la directriz 4.5.3 se abstiene de determinar la fecha de entrada en vigor del tratado en un supuesto de este tipo. En la mayoría de los casos, dicha fecha está sujeta a condiciones particulares establecidas en el propio tratado³²¹. Los efectos concretos, y especialmente el momento de la entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva inválida, vienen determinados, por tanto, por las disposiciones pertinentes del tratado o, en su defecto, por el derecho de los tratados³²².

c) *Las reacciones a una reserva inválida*

193. De las consideraciones expuestas anteriormente se desprende que ni la nulidad de la reserva —en razón de su invalidez— ni los efectos de esa nulidad dependen de las reacciones de los Estados u organizaciones contratantes que no sean el autor de la reserva. La nulidad es consecuencia de la invalidez. A su vez, que la reserva nula no tenga efectos en el tratado no depende ni de la aceptación ni de la objeción a ella por las otras partes contratantes, sino simplemente de la nulidad de la reserva. En otras palabras, si se tiene en cuenta la distinción que se establece en el encabezamiento del párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena entre la validez de una reserva, por un lado, y el consentimiento de los otros Estados y organizaciones contratantes, por el otro, una reserva inválida no supera la primera etapa —la validez— y, por lo tanto, no tiene sentido someterla a una segunda, la aceptación.

194. Por lo tanto, ni la aceptación de una reserva inválida (con excepción del caso especial de la aceptación unánime y expresa) ni la objeción a una reserva inválida

³²¹ El artículo 24, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969 dispone:

«1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores».

³²² Véase el artículo 24, párrs. 2 y 3, de la Convención de Viena de 1969, que establece:

«2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa».

³¹⁷ *Ibid.*, párr. 95.

³¹⁸ Véanse también los párrafos 76 y 77 *supra*.

³¹⁹ Tomuschat, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», pág. 466; véase también *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 60, párrs. 97 y 99, y Müller, *loc. cit.*, págs. 809 a 811, párrs. 20 a 24.

³²⁰ Véanse los párrafos 211 a 223 *supra*.

tienen consecuencias concretas sobre los efectos jurídicos que pueda surtir esa reserva.

i) *Aceptación de una reserva inválida*

195. La cuestión de la aceptación de una reserva que no satisface los criterios de validez sustancial ya fue objeto de extensas consideraciones en el décimo informe sobre las reservas a los tratados³²³.

196. En ese informe, el Relator Especial recordó que no cabía ninguna duda de que quedaba excluida la aceptación unilateral de una reserva formulada en contra de lo dispuesto en los apartados *a* y *b* del artículo 19, que por esa razón carecía de todo efecto. El Sr. Waldock, en su calidad de Consultor Técnico, se había manifestado claramente a favor de esa solución en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados al precisar que:

un Estado contratante no puede invocar el artículo 17 [actual artículo 20] para aceptar una reserva prohibida en virtud de los párrafos *a* o *b* del artículo 16 [19], pues al prohibir esa reserva los Estados contratantes excluyen expresamente dicha aceptación³²⁴.

197. Esa «imposibilidad» de aceptar una reserva inválida, sea en virtud de los apartados *a* o *b*, sea en virtud del apartado *c* del artículo 19, que sigue exactamente la misma lógica, y que no hay ninguna razón para distinguir de los otros dos apartados del artículo³²⁵, tiene como consecuencia lógica que dicha aceptación no puede surtir efectos jurídicos³²⁶. La aceptación no es susceptible de «hacer válida» la reserva ni tampoco de hacerle producir un efecto determinado, y ciertamente no el previsto en el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, para lo cual es necesario que la reserva sea efectiva. Además, si se permitiera que la aceptación de una reserva inválida pudiera constituir un acuerdo entre el autor de esa reserva y el Estado u organización internacional que la ha aceptado, ello implicaría una modificación del tratado en las relaciones entre ambas partes que no sería compatible con lo establecido en el inciso ii) del apartado *b* del artículo 41 de las Convenciones de Viena, que excluye toda alteración del tratado relacionada con una «disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto»³²⁷.

198. Sobre la base de esas consideraciones, el Relator Especial, en su décimo informe, propuso la directriz 3.3.3³²⁸, que establece lo siguiente:

³²³ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 153.

³²⁴ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 25.ª sesión, pág. 144, párr. 2.

³²⁵ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 197 a 199, párrs. 181 a 187.

³²⁶ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 124.

³²⁷ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 202, párr. 201. Véase al respecto Greig, *loc. cit.*, pág. 57, o Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, págs. 78 y 79; véanse, sin embargo, las opiniones contrarias de los Sres. Jiménez de Aréchaga y Amado expuestas en ocasión de los debates sobre las propuestas del Sr. Waldock de 1962 (*Anuario... 1962*, vol. I, 653.ª sesión, pág. 170, párrs. 44 y 45, y pág. 172, párr. 63, respectivamente).

³²⁸ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 202, párr. 202.

3.3.3 *Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez*

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.

199. En su 58.º período de sesiones, en 2006, la Comisión sugirió, con el acuerdo del Relator Especial³²⁹, aplazar el examen de esa directriz hasta que la Comisión examinara la cuestión de los efectos de las reservas³³⁰. A pesar de que la decisión fue razonable y prudente, es necesario reconocer que, si bien el título de la directriz 3.3.3 es un tanto equívoco, con esa disposición no se pretende, en realidad, establecer cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva inválida (lo que más bien correspondería hacer en la presente parte de la Guía de la práctica), sino determinar qué efectos tiene la aceptación en la validez de la propia reserva (un problema que es posterior a la cuestión de los efectos de las reservas, que se abordan en la cuarta parte de la Guía de la práctica, pero que correspondería abordar en realidad en la tercera). La validez precede lógicamente a la aceptación³³¹ (y esa lógica es la misma que se sigue en las Convenciones de Viena); sin embargo, la directriz 3.3.3 se refiere a la validez de la reserva, es decir, al hecho de que la aceptación no puede subsanar la invalidez de la reserva. Como se explica en el décimo informe:

El presente proyecto de directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino sólo constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo nula [hubiera sido preferible decir «sigue siendo inválida»] a pesar de la aceptación de la que haya sido objeto³³².

200. La aceptación unilateral —incluso expresa— de una reserva inválida no incide como tal en los efectos que produce esa nulidad, cuyos límites ya se han precisado en el presente informe³³³. La cuestión de los efectos de la aceptación en los efectos de la reserva no se plantea ni debe plantearse; el análisis debe detenerse en el examen de la validez, que no depende, ni puede depender, del hecho de la aceptación.

201. La directriz 3.4.1 que el Relator Especial propuso en 2009³³⁴, y que no obsta a las conclusiones que figuran en el decimocuarto informe³³⁵, reafirma muy claramente esa posición. La directriz se formuló de la siguiente manera³³⁶:

3.4.1 *Validez material de la aceptación de una reserva*

La aceptación expresa de una reserva inválida no es válida tampoco.

202. Esa directriz muestra muy claramente que la aceptación expresa de una reserva inválida no puede producir por sí misma ningún efecto, dado que la aceptación misma es inválida.

³²⁹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 152, párr. 157.

³³⁰ *Ibid.*, pág. 151, párr. 139. Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 6.

³³¹ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 203, párr. 205.

³³² *Ibid.*, pág. 202, párr. 203.

³³³ Véanse los párrafos 113 a 191 *supra*.

³³⁴ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), nota 372.

³³⁵ Véanse las conclusiones sobre la validez de las reacciones a las reservas en *ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 127.

³³⁶ El proyecto de directriz 3.4.1 fue remitido al Comité de Redacción en 2009 (*ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 60) y aprobado ese mismo año.

203. Habida cuenta de lo expuesto, el Relator Especial propone a la Comisión que conserve la directriz 3.3.3 en la redacción que se le había dado en el décimo informe.

204. Sin embargo, es necesario hacer una salvedad importante y moderar esa formulación categórica de la directriz 3.3.3. Si bien no caben dudas de que la aceptación individual por un Estado u organización contratantes no puede tener como efecto «dar validez» a una reserva inválida ni producir ningún otro efecto en la reserva ni en el tratado, la situación es distinta cuando la totalidad de los Estados u organizaciones contratantes aprueba expresamente una reserva que —sin esa aceptación unánime— no sería válida. En efecto, puede sostenerse, y el Sr. Waldock había contemplado expresamente esa posibilidad en su primer informe sobre el derecho de los tratados³³⁷, que, de conformidad con el principio del consensualismo,

las Partes siempre están en libertad de enmendar el tratado mediante un acuerdo general *inter se* de conformidad con el artículo 39 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que nada les impide concertar un acuerdo unánime a ese fin en materia de reservas³³⁸.

205. Para contemplar esa hipótesis, el Relator Especial propuso la directriz 3.3.4³³⁹, que establece lo siguiente:

3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

1. Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes³⁴⁰ hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

2. Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratantes y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.

206. La idea que subyace a esta directriz tiene cierto apoyo en la práctica. Si bien no se trata propiamente de una aceptación unánime de las partes en un tratado, el caso de la reserva de neutralidad formulada por Suiza al adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones no deja de ser un ejemplo de que, a pesar de la prohibición de formular reservas, el autor de la reserva fue admitido en el círculo de Estados partes³⁴¹.

³³⁷ Véase *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 75, párr. 9, comentario al artículo 17. Véanse también las explicaciones que figuran en el décimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 203, párr. 205.

³³⁸ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 203, párr. 205. Sostienen también esta posición Greig, *loc. cit.*, págs. 56 y 57, y Sucharipa-Behrmann, *loc. cit.*, pág. 78. Bowett, que comparte esta posición, considera sin embargo que esta posibilidad no surge del derecho de las reservas («Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 84); véase también Redgwell, «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», pág. 269.

³³⁹ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 203, párr. 207.

³⁴⁰ En el proyecto de directriz propuesto originalmente por el Relator Especial se utilizaba la expresión «Partes contratantes», que es de uso corriente y que, en su espíritu, englobaba a los Estados y las organizaciones contratantes. Como consecuencia de distintas observaciones formuladas en el seno de la Comisión, y para simplificar, el Relator Especial ha vuelto a utilizar esa expresión, aunque reconoce que es poco compatible con las definiciones de «Estado contratante» y «organización contratante», por un lado, y de «parte», por otro, establecidas en el artículo 2, párr. 1, apdos. f y g, de la Convención de Viena de 1986, respectivamente.

³⁴¹ Véase Mendelson, «Reservations to the Constitutions of International Organizations», págs. 140 y 141.

207. Con el mismo espíritu, la Comisión ya había reconocido, en la directriz 2.3.1³⁴², que una reserva que era inválida por haberse formulado tardíamente podía ser subsanada con una aceptación —o por lo menos con una falta de oposición— unánime por la totalidad de los Estados u organizaciones contratantes³⁴³.

208. Sin embargo, aun así, el problema es diferente del que plantean los efectos de una reserva inválida o los efectos de las reacciones a una reserva inválida. Se trata aquí de la cuestión —distinta— de la convalidación de la propia reserva, que, al no cumplir las condiciones establecidas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena, sólo puede volverse válida si media la aceptación unánime de los Estados u organizaciones contratantes. Sólo después de que esa reserva se hace válida puede el régimen de Viena seguir cumpliendo su función: la reserva convalidada debe ser aceptada con arreglo a las disposiciones pertinentes del artículo 20 de las Convenciones de Viena, aceptación indispensable para que la reserva pueda producir efectos jurídicos por aplicación del artículo 21.

209. Por lo tanto, la directriz 3.3.4, que conserva todo su interés, debe integrarse en la tercera parte de la Guía de la práctica relativa a la validez de las reservas. En cualquier caso, no sería lógico incluir una directriz de esa índole en la parte relativa a los efectos de una reserva inválida; por definición, la reserva de que se trata en este caso se vuelve válida en razón de la aceptación o ausencia de oposición unánimes.

210. Las directrices 3.3.3 y 3.4.1 permiten responder a la cuestión de la aceptación de una reserva inválida: la aceptación no puede surtir ningún efecto, ni respecto de la validez de la reserva —con excepción del caso especial previsto en la directriz 3.3.4—, ni *a fortiori* respecto de los efectos jurídicos que son consecuencia de la nulidad de la reserva inválida.

ii) *Objeción a una reserva inválida*

211. En la práctica de los Estados, las objeciones responden en su gran mayoría a la invalidez de la reserva a la que se refieren. Sin embargo, los autores de esas objeciones obtienen con ello efectos muy distintos: en algunos casos se limitan a constatar que la reserva en cuestión no

³⁴² La directriz 2.3.1 aprobada en primera lectura (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 191), dice lo siguiente:

«2.3.1 *Formulación tardía de una reserva*

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, *a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeción a esa formulación tardía de la reserva*.*»

³⁴³ Para un ejemplo reciente de «convalidación» formal de una reserva hecha tardíamente, véase la reserva de Mozambique a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, formulada aproximadamente siete meses después de que ratificara esa Convención (*Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. XVIII.14). En su notificación de depósito C.N.806.2009.TREATIES-34, de 10 de noviembre de 2009, el Secretario General, en su calidad de depositario, comunicó lo siguiente: «En un plazo de un año a partir de la fecha de la notificación de depósito por la que se transmite la reserva (C.N.834.2008.TREATIES-32, de 5 de noviembre de 2008), ninguna de las Partes contratantes en esa Convención notificó una objeción al Secretario General, ni respecto del acto de depósito en sí, ni respecto del procedimiento previsto. Por lo tanto, se considera que dicha reserva ha sido aceptada en depósito en la fecha de vencimiento del plazo establecido *supra*, es decir, el 4 de noviembre de 2009».

es válida; en otras ocasiones la consideran nula o carente de efectos jurídicos; a veces (aunque muy raramente) señalan que la reserva impide la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre sí mismos y el autor de la reserva, y otras veces consideran, por el contrario, que el tratado entra en vigor en su totalidad en esa misma relación bilateral³⁴⁴.

212. La jurisprudencia de la CIJ no es un modelo de coherencia al respecto³⁴⁵. En efecto, en 1999 la Corte, en sus providencias relativas a las solicitudes de medidas provisionales presentadas por Yugoslavia contra España y los Estados Unidos, se limitó a señalar que:

Considerando que la Convención sobre el genocidio no prohíbe las reservas, que Yugoslavia no formuló objeciones a la reserva hecha por los Estados Unidos [España] al artículo IX y que esa reserva tenía como consecuencia excluir ese artículo de las disposiciones de la Convención en vigor entre las partes³⁴⁶.

La CIJ no hace aquí ningún examen de la validez material de la reserva, al margen de la constatación de que la Convención no las prohíbe. El único criterio determinante parece ser la ausencia de objeción por el Estado en cuestión, lo que refleja la posición adoptada por los magistrados de la Corte en 1951, pero que hoy ha sido superada por la Convención de Viena, con la que no es compatible³⁴⁷:

El objeto y el fin [del tratado] limitan [...] tanto la libertad de formular reservas como la de formular objeciones a ellas. De ello resulta que es la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que acompaña su adhesión de una reserva y del Estado que considera que debe objetar a ella. Esa es la norma de conducta que debe orientar a cada Estado en la evaluación que le corresponde hacer individualmente y por su propia cuenta de la regularidad de una reserva³⁴⁸.

213. Sin embargo, en su providencia sobre la solicitud de indicación de medidas provisionales en el caso *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*,

³⁴⁴ Las reacciones a las reservas formuladas por Qatar en ocasión de su adhesión a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer muestran, por otra parte, casi todo el espectro de objeciones imaginables: mientras que las 18 objeciones (dos de las cuales, las de México y Portugal, fueron tardías) señalan que las reservas son incompatibles con el objeto y el fin de la Convención, una (la de Suecia) agrega que son «nulas» y otras dos (las de España y los Países Bajos) precisan que las reservas no producen ningún efecto sobre las disposiciones de la Convención. En ocho de las objeciones (las de Bélgica, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, México, Polonia y Portugal) se señala que esas objeciones no impiden la entrada en vigor del tratado, en tanto que en diez (las de Austria, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Noruega, los Países Bajos, la República Checa, Rumania y Suecia) se considera que el tratado entra en vigor para Qatar y que ese país no puede invocar las reservas por ser inválidas. Véase *Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.8.

³⁴⁵ Véase la opinión separada conjunta de la magistrada Higgins y los magistrados Kooijmans, Elaraby, Owada y Simma en el fallo de 3 de febrero de 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 2006*, págs. 65 a 71.

³⁴⁶ Providencias de 2 de junio de 1999, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, medidas provisionales, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 772, párr. 32, y *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, medidas provisionales, *ibíd.*, pág. 924, párr. 24. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, págs. 118 y 129, respectivamente.

³⁴⁷ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 98 a 100.

³⁴⁸ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 24.

la CIJ modificó su enfoque al examinar *in limine* la validez material de la reserva de Rwanda:

[D]icha reserva no se refiere a la cuestión jurídica de fondo, sino que sólo versa sobre la competencia de la Corte; [...] no parece, por lo tanto, contraria al objeto y el fin de la Convención³⁴⁹.

En el mismo caso, en su fallo sobre competencia y admisibilidad, la Corte confirmó que:

La reserva de Rwanda al artículo IX de la Convención sobre el genocidio se refiere a la cuestión de la competencia de la Corte y no afecta a las obligaciones de fondo que se desprenden de esa Convención relativas a los actos de genocidio en sí. En las circunstancias del caso, la Corte no puede llegar a la conclusión de que la reserva de Rwanda, que tiene por finalidad excluir un medio particular de resolver un diferendo sobre la interpretación, la aplicación o el cumplimiento de la Convención, debe considerarse incompatible con el objeto y el fin de esa Convención³⁵⁰.

Por lo tanto, la CIJ ha «agregado su propia valoración sobre la compatibilidad de la reserva de Rwanda con el objeto y el fin de la Convención sobre el genocidio»³⁵¹. Así pues, pese a no estimar necesario que la República Democrática del Congo hiciera una objeción para determinar la validez de la reserva, la Corte consideró oportuno agregar que:

En referencia al derecho de los tratados, la Corte señala por otra parte que, cuando Rwanda se adhirió a la Convención sobre el genocidio y formuló la reserva en cuestión, la República Democrática del Congo no hizo ninguna objeción³⁵².

214. Esta aclaración no es superflua. En efecto, si bien las objeciones a una reserva no determinan la validez de la reserva en sí, constituyen un factor indicativo que dista de ser insignificante para el conjunto de los actores involucrados, es decir, el autor de la reserva, los Estados y las organizaciones contratantes y toda jurisdicción u órgano competente para determinar la validez de una reserva. En efecto, no hay que olvidar que, como señaló la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1951:

[L]a apreciación de la legalidad de la reserva corresponde a cada Estado parte en la Convención, y cada uno de ellos ejerce ese derecho individualmente y por su propia cuenta³⁵³.

215. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia *Loizidou*, consideró también que las reacciones de los Estados partes eran importantes en cuanto constituían un factor que debía tomarse en consideración a los efectos de determinar la validez de la reserva de Turquía³⁵⁴. El Comité de Derechos Humanos confirmó ese enfoque en su Comentario general n.º 24:

No cabe deducir del hecho de que los Estados no formulen una protesta que una reserva sea compatible o incompatible con el objeto y fin del

³⁴⁹ Providencia de 10 de julio de 2002, medidas provisionales, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 246, párr. 72. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 234.

³⁵⁰ *C.I.J. Recueil 2006*, pág. 32, párr. 67.

³⁵¹ *Ibíd.*, pág. 70, párr. 20.

³⁵² *Ibíd.*, pág. 33, párr. 68.

³⁵³ *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 26. Véase asimismo Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, *Serie A n.º 2*, párr. 38 («Desde luego, los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar ese su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquella»).

³⁵⁴ *Serie A n.º 310*, párr. 95.

Pacto. [...] Sin embargo, la objeción a una reserva formulada por los Estados puede ofrecer cierta orientación al Comité para interpretar su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto³⁵⁵.

216. Cuando se examinó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 57.º período de sesiones, celebrado en 2005, Suecia, en respuesta a la cuestión planteada por la Comisión sobre las objeciones que producen efectos mínimos y que están motivadas por la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado³⁵⁶, mantuvo expresamente la siguiente posición:

En teoría, no se necesita una objeción para establecer ese hecho [la invalidez de una reserva], sino que se trata simplemente de una forma de llamar la atención sobre él. Por tanto, la objeción no tiene efectos jurídicos reales por sí misma y no tiene por qué considerarse siquiera una objeción [...]. Sin embargo, de no haber un órgano que pueda calificar con autoridad una reserva de no válida, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esas «objeciones» siguen teniendo un propósito importante³⁵⁷.

217. Como se señaló precedentemente³⁵⁸, las Convenciones de Viena no contienen ninguna disposición sobre los efectos de las reservas que no satisfacen las condiciones de validez establecidas en el artículo 19, ni siquiera —lo que es bastante lógico— en lo que respecta a las reacciones que los Estados pueden manifestar eventualmente respecto de tales reservas. En el régimen de Viena, la objeción no constituye un instrumento por el que los Estados u organizaciones contratantes determinan la validez de una reserva, sino que cumple otra función: la de hacer que la reserva sea inoponible a quien la objeta³⁵⁹. Las aceptaciones y las objeciones mencionadas en el artículo 20 se refieren exclusivamente a las reservas válidas. El mero hecho de que en la práctica de los Estados se utilicen esos mismos mecanismos para reaccionar ante las reservas inválidas no significa que esas reacciones produzcan los mismos efectos o estén sujetas a las mismas condiciones que las objeciones que se hacen a las reservas válidas.

218. No obstante, en opinión del Relator Especial ello no constituye una razón suficiente para no considerar esas reacciones como verdaderas objeciones, a diferencia de lo que Suecia tal vez quiso decir en su declaración citada anteriormente³⁶⁰. En efecto, una reacción de ese tipo corresponde plenamente a la definición del término «objeción» incluida por la Comisión en la directriz 2.6.1 y constituye

una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el primer Estado o la primera organización se propone excluir [...] los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva³⁶¹.

³⁵⁵ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, párr. 582.

³⁵⁶ Véase la nota 276 *supra*.

³⁵⁷ Suecia, en nombre de los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/60/SR.14), párr. 22.

³⁵⁸ Véanse los párrafos 96 a 112 *supra*.

³⁵⁹ Véanse los párrafos 2 a 5 *supra*.

³⁶⁰ Véase el párrafo 216 *supra*.

³⁶¹ Para el texto completo de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) y su comentario, véase *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 82.

El mero hecho de que, en última instancia, no sea la objeción, sino la nulidad de la reserva, la que logre el fin deseado de privar a ésta de efectos, no modifica en nada el objetivo buscado por el autor de la objeción: excluir todos los efectos de la reserva inválida. No parece, por lo tanto, ni oportuno ni útil inventar un término para designar esas reacciones a las reservas, cuya denominación actual no sólo corresponde a la definición del término «objeción» que sigue utilizando la Comisión, sino que también está ampliamente difundida en la práctica de los Estados y, según parece, es aceptada y comprendida unánimemente.

219. Por otra parte, no cabe duda de que si bien la objeción a una reserva inválida no agrega nada a la nulidad de dicha reserva, constituye, sin embargo, un instrumento importante para entablar el diálogo sobre las reservas y es una señal de alerta para los órganos creados en virtud de tratados y las jurisdicciones internacionales o internas que deban, en su caso, determinar la validez de esa reserva. Por consiguiente, no sería razonable —sino más bien engañoso— limitarse a declarar en la Guía de la práctica que las objeciones a una reserva inválida no surten ningún efecto.

220. Al contrario, es sumamente importante que los Estados sigan formulando objeciones a las reservas que consideran inválidas aunque en apariencia esas declaraciones no agreguen nada a los efectos *ipso jure* e incondicionales que produce una reserva inválida. Ello es tanto más importante en la práctica, donde no debemos dejarnos confundir por la existencia marginal de órganos con competencia para juzgar la validez de la reserva que se cuestiona: como ocurre normalmente en derecho internacional, en este ámbito como en la mayoría de los otros, la regla sigue siendo la ausencia de un mecanismo de constatación objetivo, mientras que su existencia constituye la excepción³⁶². Por lo tanto, a la espera de la intervención altamente hipotética de un tercero imparcial, «cada Estado evalúa por sí mismo la situación jurídica en que se encuentra en relación con los demás Estados», incluido, por supuesto, lo que respecta a las reservas³⁶³.

221. No es conveniente disuadir a los Estados de formular objeciones a las reservas que consideran inválidas, sino que, más bien al contrario, en aras de la estabilidad de las relaciones convencionales, conviene alentarlos a hacerlo y a exponer las razones que motivan su posición³⁶⁴. Esa es la razón por la cual, en la directriz 4.5.4 que se propone incluir en la Guía de la práctica, es necesario no sólo enunciar el principio (que es sin lugar a dudas exacto) de que la objeción a una reserva inválida no produce de por sí ningún efecto, sino además, descartar toda conclusión apresurada de que la objeción a este tipo de reservas es un ejercicio inútil, que podría deducirse del enunciado

³⁶² Véanse los casos *Sud-Ouest africano*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 46, párr. 86: «En la esfera internacional, la existencia de obligaciones que no pueden imponerse en última instancia por ningún procedimiento jurídico ha sido siempre la regla y no la excepción». Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 96.

³⁶³ Laudo arbitral de 9 de diciembre de 1978, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, RSA, vol. XVIII, pág. 483, párr. 81.

³⁶⁴ Véase la directriz 2.6.10 (Motivación) en la que se recomienda a los autores de la objeción a una reserva indicar los motivos por los cuales se hace. *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 123.

de ese principio. En efecto, es muy importante en todo sentido que, cuando lo estimen necesario, los Estados y las organizaciones internacionales formulen una objeción para hacer valer públicamente su punto de vista sobre la invalidez de la reserva.

222. En cambio, aunque sea preferible, no es indispensable³⁶⁵ que esas objeciones se formulen en el plazo de 12 meses, o en cualquier otro plazo establecido en el tratado³⁶⁶. Si bien carecen como tales de incidencia jurídica en los efectos de la reserva, esas objeciones siguen siendo útiles para el autor de la reserva, que está alertado sobre las dudas que pesan sobre la validez de ésta para los demás Estados u organizaciones contratantes y para cualquier otra autoridad que pudiera tener que pronunciarse sobre la validez de la reserva. Todo esto se indicó claramente en los comentarios a la directriz 2.6.15 (Objeciones tardías):

Esta práctica [la de formular objeciones tardías] no es en absoluto reprehensible. Por el contrario: permite a los Estados y a las organizaciones internacionales expresar, por medio de objeciones, su punto de vista sobre la validez de una reserva, aunque hayan transcurrido más de 12 meses desde su formulación; ello tiene su utilidad, aun cuando las objeciones tardías no surtan efectos jurídicos inmediatos³⁶⁷.

Lo mismo ocurre *a fortiori* con las objeciones a las reservas que sus autores consideran inválidas.

223. Esta observación no debe, sin embargo, alentar la formulación de objeciones tardías con el argumento de que incluso si no se formulara la objeción, la reserva sería nula y no produciría efecto alguno. Interesa al autor de la reserva, a los demás Estados y organizaciones contratantes y, en un sentido más general, a la estabilidad y la claridad de las relaciones jurídicas, que se formulen objeciones a las reservas inválidas y que ello se haga tan pronto como sea posible para que todos los actores puedan evaluar la situación jurídica rápidamente y el autor de la reserva pueda eventualmente subsanar su invalidez en el marco del diálogo sobre las reservas.

224. A la luz de esas consideraciones, la Comisión podría aprobar una directriz 4.5.4 en que se sintetizaran las disposiciones aplicables a las reacciones a las reservas inválidas y, especialmente, a las objeciones a esas reservas, que podría quedar redactada de la siguiente manera:

³⁶⁵ Italia, en su objeción, formulada tardíamente, a las reservas de Bostwana al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, explicó que: «El Gobierno de la República Italiana considera que, con arreglo al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, las reservas [de Bostwana] son incompatibles con el objeto y el fin del Pacto. Dichas reservas no obstan a la aplicación del artículo 20 y pueden, por lo tanto, ser objetadas en cualquier momento» (*Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.4, nota 19); véase también la objeción de Italia a las reservas formuladas por Qatar a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (*ibíd.*, cap. IV.9, nota 23). Véase asimismo la posición de Suecia mencionada en el párrafo 216 *supra*.

³⁶⁶ Para otros ejemplos recientes, véanse las objeciones de Portugal y México a las reservas formuladas por Qatar en ocasión de su adhesión a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Traités multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. IV.8). Las dos objeciones fueron hechas el 10 de mayo de 2010 (C.N.260.2010.TREATIES-15 y C.N.264.2010.TREATIES-16), en tanto que el Secretario General había comunicado el instrumento de adhesión de Qatar el 8 de mayo de 2009.

³⁶⁷ *Anuario...* 2008, vol. II (segunda parte), párr. 3 del comentario a la directriz 2.6.15.

4.5.4 Reacciones a una reserva inválida

Los efectos de la nulidad de una reserva inválida no dependen de la reacción de un Estado contratante o de una organización internacional contratante.

Un Estado o una organización internacional que, tras haber examinado la validez de una reserva con arreglo a la presente Guía de la práctica, considera que esa reserva no es válida, debería no obstante formular lo antes posible una objeción motivada al respecto.

3. AUSENCIA DE EFECTOS DE UNA RESERVA EN LAS RELACIONES CONVENCIONALES ENTRE LAS OTRAS PARTES CONTRATANTES

225. El párrafo 2 del artículo 21 de las Convenciones de Viena dispone inequívocamente que:

La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

226. Según esta disposición, las relaciones convencionales entre las demás partes en el tratado no quedan modificadas por la reserva. Esta regla de la «relatividad de los vínculos jurídicos» tiene por finalidad salvaguardar el sistema normativo aplicable entre las otras partes en el tratado. Si bien ese sistema se presenta respecto del autor de la reserva y respecto de la reserva en cuestión como el régimen general del tratado (por el que el autor no se encuentra obligado más que parcialmente en razón de su reserva), ese régimen no es necesariamente único, dado que las demás partes pueden subordinar también su consentimiento a reservas que modifican, en consecuencia, sus relaciones mutuas en la medida prevista por los párrafos 1 y 3 del artículo 21³⁶⁸. Sin embargo, el párrafo 2 no tiene por objeto restringir la pluralidad de sistemas normativos dentro de un mismo tratado, sino que se limita a circunscribir los efectos de la reserva exclusivamente a las relaciones bilaterales entre el Estado autor, por una parte, y cada uno de los demás Estados contratantes, por la otra.

227. El ámbito de aplicación del párrafo 2 no se limita solamente a las reservas «efectivas», es decir, a las reservas que cumplen con las exigencias impuestas por los artículos 19, 20 y 23; no se trata, sin embargo, de una incoherencia de redacción. En efecto, el principio de la relatividad de las reservas se aplica con independencia de la validez material o formal de éstas. Tal conclusión es particularmente evidente respecto de las reservas inválidas, que en razón de su nulidad no surten efectos en beneficio de su autor ni, claro está, en beneficio o en perjuicio de las demás partes en el tratado³⁶⁹.

228. Por otro lado, la aceptación de una reserva y las objeciones a ella tampoco inciden en los efectos de la reserva fuera de las relaciones bilaterales entre el autor de la reserva y cada una de las demás partes contratantes, sino que sólo determinan cuáles son las partes respecto de las que la reserva se considera efectiva —las partes que la aceptaron³⁷⁰— y las distinguen de las partes en

³⁶⁸ Véase Horn, *op. cit.*, pág. 142.

³⁶⁹ Véanse los párrafos 130 a 144 *supra*.

³⁷⁰ *Anuario...* 2009, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 199 a 236.

relación con las cuales la reserva no produce efectos, las que formularon una objeción al respecto. Sin embargo, en lo que atañe a las relaciones entre todos los Estados u organizaciones contratantes, con excepción del autor de la reserva, ésta no puede modificar ni excluir los efectos jurídicos de una o de varias disposiciones del tratado ni los efectos jurídicos del tratado como tal, y al respecto, es irrelevante que esos Estados u organizaciones hayan aceptado la reserva o que hayan objetado a ella.

229. Si bien el párrafo 2 no contiene ninguna limitación ni excepción, podríamos preguntarnos si la regla de la «relatividad de los vínculos jurídicos» es tan absoluta como se establece en ese párrafo³⁷¹. El Sr. Waldock la citaba con más cautela en el apéndice de su primer informe sobre el derecho de los tratados (Reseña histórica de la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales): «[E]n principio*, la reserva sólo surte efectos sobre las relaciones de los Estados con el Estado que la ha formulado»³⁷². Se plantea entonces la cuestión de si existen tratados a los cuales no puede aplicarse el principio de la relatividad.

230. En efecto, los tratados a los que se refieren concretamente los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena no constituyen una excepción a la regla de la relatividad. Es verdad que el principio de la relatividad de los vínculos jurídicos es algo más limitado en relación con esas Convenciones, aunque no en lo que respecta a las relaciones de los otros Estados partes *inter se*, que no se modifican.

231. Aunque en el caso de los tratados que deben aplicarse integralmente todos los Estados y organizaciones contratantes deben dar su consentimiento para que la reserva pueda producir sus efectos, el consentimiento unánime en sí no constituye ciertamente una modificación del propio tratado entre las partes. Es necesario por lo tanto distinguir aquí también dos sistemas normativos dentro del mismo tratado: por un lado, el sistema que rige las relaciones entre el autor de la reserva y cada una de las demás partes, todas las cuales, por definición, han aceptado la reserva y, por otro, el que rige las relaciones que mantienen esas otras partes entre sí. Las relaciones de las demás partes *inter se* no sufren ninguna modificación.

232. El mismo razonamiento se aplica respecto de los actos constitutivos de las organizaciones internacionales. Si bien en ese caso el consentimiento no debe ser necesariamente unánime, no modifica de ninguna manera las relaciones convencionales entre las partes, salvo respecto del autor de la reserva. El sistema mayoritario impone simplemente a los miembros minoritarios una posición respecto del autor de la reserva, a fin de evitar precisamente el establecimiento de sistemas normativos múltiples en el seno del acto constitutivo, pero en este caso es la aceptación de la reserva por el órgano de la organización lo que hace que la reserva se aplique de forma generalizada y probablemente sólo en las relaciones de las

otras partes con el Estado o la organización que formula la reserva.

233. Incluso en el caso de que se acepte unánimemente una reserva *a priori* inválida³⁷³, no es la reserva «convalidada» por el consentimiento de las partes lo que modifica el sistema normativo «general» aplicable entre las demás partes. Es cierto que ese sistema normativo sufre una modificación dado que se levanta la prohibición de la reserva o se modifican el objeto y el fin del tratado para que éste (y sus cláusulas de reserva) sea compatible con aquella. Sin embargo, esa modificación del tratado que surte efectos para las partes en general no es consecuencia de la reserva, sino del consentimiento unánime que prestan los Estados y las organizaciones contratantes, consentimiento que es la base de un acuerdo para modificar el tratado a fin de autorizar la reserva en el sentido del artículo 39 de las Convenciones de Viena³⁷⁴.

234. Por lo tanto, cabe señalar que las partes siempre pueden modificar sus relaciones convencionales si lo consideran necesario³⁷⁵. Esa posibilidad puede deducirse *a contrario* del comentario de la Comisión sobre el proyecto de artículo 19 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966 (que pasó a ser el artículo 21 de la Convención de Viena de 1969), según el cual la reserva:

no modifica las disposiciones del tratado con respecto a las demás partes, *inter se*, puesto que no la han aceptado como un elemento del tratado en sus relaciones mutuas³⁷⁶.

235. De conformidad con estas observaciones, la Comisión seguramente considerará conveniente, con arreglo a su práctica habitual, incorporar a la Guía de la práctica una directriz 4.6 en la que se retome pura y simplemente el texto del párrafo 2 del artículo 21 de las Convenciones de Viena:

4.6 Ausencia de efectos de una reserva en las relaciones entre los Estados contratantes y organizaciones contratantes distintos de su autor

Una reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

236. Por lo demás, nada impide que las partes acepten la reserva como una verdadera cláusula del tratado ni que cambien cualquier otra disposición de éste, si lo consideran necesario. Sin embargo, una modificación de esa índole no puede efectuarse *ipso facto* por la mera aceptación de una reserva —como establece la directriz 4.6— ni tampoco puede presumirse. Por lo tanto, es necesario, en todos los casos, que se siga el procedimiento previsto a ese fin en el tratado, o, en su defecto, el procedimiento establecido por las Convenciones de Viena en sus artículos 39 y siguientes. Por otra parte, puede resultar necesario e incluso indispensable modificar el tratado en su totalidad³⁷⁷. Sin embargo, ello depende de cada caso en parti-

³⁷¹ Szafarz sostiene que «[e]s obvio, por supuesto, que 'la reserva no modifica las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*'» («Reservations to multilateral treaties», pág. 311).

³⁷² *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 88, nota 6.

³⁷³ Véanse los párrafos 204 a 209 *supra*.

³⁷⁴ Véase el párrafo 204 *supra*.

³⁷⁵ Horn, *op. cit.*, págs. 142 y 143.

³⁷⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 1 *in fine* del comentario.

³⁷⁷ Una situación de esta índole puede producirse, entre otros, en los tratados relativos a los productos básicos, en los que ni siquiera el

cular y queda librado a la discrecionalidad de las partes. Esa es la razón por la que no parece indispensable prever una excepción al principio establecido en el párrafo 2 del artículo 21 de las Convenciones de Viena. Si la Comisión fuera de la opinión contraria, la directriz 4.6 podría, no obstante, quedar redactada de la siguiente manera:

4.6 Ausencia de efectos de una reserva en las relaciones entre los Estados contratantes y organizaciones contratantes distintos de su autor

[Sin perjuicio de que exista un acuerdo entre las partes relativo a su aplicación,] una reserva no modifica las disposiciones del tratado respecto de las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

B. Los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones

237. Pese a existir una práctica muy antigua y bien asentada en la materia, ni la Convención de Viena de 1969 ni la de 1986 contienen normas sobre las declaraciones interpretativas, y mucho menos sobre sus posibles efectos³⁷⁸.

238. Los trabajos preparatorios de las Convenciones explican esta laguna. Aunque los primeros Relatores Especiales eludieron por completo el problema de las declaraciones interpretativas³⁷⁹, el Sr. Waldock³⁸⁰ fue consciente tanto de las dificultades creadas por la práctica de esas declaraciones como de la solución, absolutamente obvia, que debía adoptarse. En efecto, varios gobiernos hicieron referencia, en sus observaciones sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, no sólo a la ausencia de las declaraciones interpretativas y la distinción que debía hacerse entre esas declaraciones y las reservas³⁸¹, sino

principio de reciprocidad basta para «restablecer» el equilibrio entre las partes (Schermers, «The suitability of reservations to multilateral treaties», pág. 356). En efecto, el apartado c del párrafo 2 del artículo 65 del Convenio Internacional del Azúcar de 1968 parecía prever la posibilidad de adaptar las disposiciones cuya aplicación se viera comprometida por la reserva: «En todos los demás casos en que se formulen reservas [es decir, cuando la reserva formulada se refiera al funcionamiento económico del Convenio], el Consejo las examinará y, por votación especial, decidirá si han de aceptarse o no y, en caso afirmativo en qué condiciones*. Dichas reservas sólo entrarán en vigor una vez que el Consejo haya tomado una decisión al respecto». Véase también Imbert, *op. cit.*, pág. 250; y Horn, *op. cit.*, págs. 142 y 143.

³⁷⁸ Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párr. 1 del comentario de la directriz 1.2.

³⁷⁹ El Sr. Fitzmaurice se limitó a precisar que el término «reserva» «no comprende las simples declaraciones sobre la manera como se propone cumplir el tratado el Estado interesado, ni las declaraciones acerca de cómo se entiende o interpreta éste, a menos que tales declaraciones supongan una alteración de las condiciones o los efectos substanciales del tratado» (primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 109, art. 13, apdo. l).

³⁸⁰ En su definición del término «reserva», el Sr. Waldock explicó que «[l]a declaración explicativa, o la declaración de intenciones o de la interpretación en cuanto al sentido del tratado, que no suponga una variación en los efectos jurídicos del tratado, no constituye una reserva» (primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 36, art. 1, apdo. l).

³⁸¹ Véanse, en particular, las observaciones del Japón que aparecen resumidas en el cuarto informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 48) y las observaciones del Reino Unido, según el cual «el artículo 18 se refiere sólo a las ‘reservas’

también a los elementos que debían tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado³⁸². En 1965, el Relator Especial trató de tranquilizar a esos Estados afirmando que la cuestión de las declaraciones interpretativas no había pasado desapercibida para la Comisión. Según el Sr. Waldock:

Sin embargo, las declaraciones interpretativas siguen constituyendo un problema y también posiblemente las declaraciones de principios o de política formuladas en relación con un tratado. La dificultad consiste en saber qué efectos han de producir esas declaraciones. Algunas normas pertinentes en la materia figuran en el artículo 69, especialmente en su párrafo 3, que trata del acuerdo entre las partes sobre la interpretación del tratado y de la práctica que luego se sigue en su aplicación. También es pertinente a este respecto el artículo 70, que se ocupa de otros medios de interpretación³⁸³.

A diferencia de lo manifestado por algunos miembros de la Comisión³⁸⁴, los efectos de una declaración interpretativa «se [rigen] por las normas sobre interpretación»³⁸⁵. Aunque

[c]iertamente las declaraciones interpretativas no carecen de importancia, [...] es discutible que haya[n] de ser objeto de disposiciones concretas; pues el efecto jurídico de una declaración interpretativa dependerá siempre de las circunstancias concretas en que se haga³⁸⁶.

239. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969 se volvió a debatir la cuestión de las declaraciones interpretativas, en particular a raíz de una enmienda presentada por Hungría a la definición del término «reserva»³⁸⁷ y al artículo 19 (que posteriormente se convirtió en el artículo 21), relativo a los efectos de una reserva³⁸⁸. La finalidad de esa enmienda era equiparar las declaraciones interpretativas y las reservas, sin establecer ninguna distinción entre ambas categorías, en particular en lo relativo a sus respectivos efectos. No obstante, varias delegaciones se opusieron claramente

y supone que la cuestión de las cláusulas de interpretación se examinará en un informe posterior» (ibíd.).

³⁸² Véanse las observaciones de los Estados Unidos a los proyectos de artículos 69 y 70 relativos a la interpretación, resumidas en el sexto informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 101).

³⁸³ *Anuario... 1965*, vol. I, 799.ª sesión, pág. 172, párr. 13. Véase también ibíd., vol. II, pág. 51, párr. 2.

³⁸⁴ Véanse las observaciones del Sr. Verdross (ibíd., vol. I, 797.ª sesión, pág. 158, párr. 36, y 799.ª sesión, pág. 173, párr. 23) y del Sr. Ago (ibíd., 798.ª sesión, pág. 169, párr. 76). Véanse también las observaciones del Sr. Castrén (ibíd., pág. 173, párr. 30) y del Presidente, Sr. Bartoš (ibíd., párr. 29).

³⁸⁵ Ibíd., 799.ª sesión, pág. 172, párr. 14. Véase también ibíd., vol. II, pág. 51, párr. 2 («Las declaraciones interpretativas no fueron incluidas por la Comisión en la presente sección por la sencilla razón de que no son reservas y se refieren a la interpretación de los tratados y no a la celebración de los mismos*»).

³⁸⁶ Ibíd., vol. II, pág. 51, párr. 2.

³⁸⁷ A/CONF.39/C.1/L.23, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2, pág. 121, párr. 35, vi), e, propuesta de Hungría: «Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral o al adherirse a él, con objeto de excluir, modificar o interpretar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».

³⁸⁸ A/CONF.39/C.1/L.177, ibíd., pág. 150, párr. 199, ii) d, y iii). Véase también las explicaciones facilitadas durante la Conferencia, en ibíd., *primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11, 25.ª sesión, págs. 150 y 151, párrs. 52 y 53.

a esta equiparación³⁸⁹. El Sr. Waldock, en su calidad de Consultor Técnico, había

formulado una advertencia contra los peligros que supone la adición de declaraciones interpretativas al concepto de reservas. En la práctica, un Estado que formula una declaración interpretativa suele hacerlo porque no quiere verse envuelto en la red del derecho relativo a las reservas³⁹⁰.

En consecuencia, pidió

al Comité de Redacción que tuviese muy presente el delicado carácter de la cuestión y no considerase que cabe asimilar las declaraciones interpretativas a las reservas sin dificultad alguna³⁹¹.

240. Finalmente, el Comité de Redacción no aceptó la enmienda de Hungría. Aunque el Sr. Sepúlveda Amor, en nombre de México, señaló «la ausencia de una definición del instrumento a que se refiere el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 27» [que posteriormente se convirtió en el artículo 31], cuando «las declaraciones interpretativas de este tipo son de uso frecuente en la celebración de tratados»³⁹², y sugirió que era «preciso diferenciar claramente los efectos jurídicos que producen las reservas y los que producen las declaraciones»³⁹³, no se dedicó ninguna disposición específica de la Convención de Viena a las declaraciones interpretativas. Así pues, las conclusiones del Sr. Waldock sobre los efectos de esas declaraciones³⁹⁴ se ven confirmadas por los trabajos de la Conferencia.

241. Ni los trabajos de la Comisión ni los de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, aclararon más la cuestión de los efectos concretos de una declaración interpretativa.

242. La ausencia de una disposición específica en las Convenciones de Viena sobre los efectos jurídicos que puede producir una declaración interpretativa no significa, sin embargo, que esos instrumentos no contengan ningún indicio al respecto, como ponen de manifiesto las observaciones formuladas durante su elaboración³⁹⁵.

243. Como se desprende claramente de su nombre, el objetivo y la función de tales declaraciones es proponer una interpretación del tratado³⁹⁶. En consecuencia, de conformidad con la definición adoptada por la Comisión:

Se entiende por «declaración interpretativa» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones³⁹⁷.

³⁸⁹ Véase en particular las posiciones de Australia, *ibíd.*, 5.ª sesión, pág. 33, párr. 81; Suecia, *ibíd.*, pág. 34, párr. 102; los Estados Unidos, *ibíd.*, pág. 35, párr. 116, y el Reino Unido, *ibíd.*, 25.ª sesión, pág. 151, párr. 60.

³⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 151, párr. 56.

³⁹¹ *Ibíd.*

³⁹² *Ibíd.*, 21.ª sesión, pág. 124, párr. 62.

³⁹³ *Ibíd.*

³⁹⁴ Véase la nota 387 *supra*.

³⁹⁵ Véase el párrafo 238 *supra*.

³⁹⁶ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 16 del comentario de la directriz 1.2.

³⁹⁷ Directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) y comentarios, *ibíd.*, págs. 103 a 109.

Precisar o aclarar las disposiciones de un tratado es, justamente, interpretarlo, y por este motivo la Comisión había adoptado esos términos para definir las declaraciones interpretativas³⁹⁸. Pese a que, como precisa el comentario de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas), la definición adoptada «no prejuzga en forma alguna la validez ni el efecto de dichas declaraciones»³⁹⁹, parece casi evidente que el efecto de una declaración interpretativa se produce esencialmente en el marco del proceso sumamente complejo de la interpretación.

244. Antes de examinar la función que puede desempeñar una declaración de esa índole en el proceso de interpretación, debe precisarse el efecto que no puede producir en ningún caso. De la comparación entre la definición de las declaraciones interpretativas y la de las reservas se desprende claramente que mientras las segundas tienen por objeto modificar el tratado o excluir algunas de sus disposiciones, las primeras sólo tienen por objeto precisar o aclarar su sentido. El autor de una declaración interpretativa no pretende quedar exonerado de las obligaciones internacionales que le incumben en el marco del tratado, sino que quiere darles un sentido particular. Como explicó muy claramente el Sr. Yasseen:

El Estado que formula una reserva reconoce que el tratado tiene cierto alcance general pero desea, en lo que a él respecta, modificar, restringir o ampliar una o varias de sus disposiciones.

El Estado que hace una declaración interpretativa declara que, a su juicio, hay que interpretar de un modo determinado el tratado o uno de sus artículos; atribuye un valor objetivo y general a tal interpretación. En otros términos, se considera obligado por el tratado pero desea, por escrúpulo, expresar su parecer acerca de la interpretación que le da⁴⁰⁰.

Si el efecto de una declaración interpretativa consistiera en modificar el tratado, ya no se trataría de una declaración interpretativa, sino de una reserva. El comentario de la Comisión sobre el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de su proyecto de artículos de 1966 aclara esta dialéctica sin ambigüedad alguna:

[L]os Estados, al firmar, ratificar, aceptar, aprobar un tratado o adherirse a él, suelen formular declaraciones acerca de cómo entienden algunos asuntos o sobre su interpretación de determinadas disposiciones. Tal declaración puede ser una mera aclaración de la actitud del Estado o puede ser equivalente a una reserva, según modifique o no la aplicación de las cláusulas del tratado ya aprobado o la excluya⁴⁰¹.

245. La CIJ también ha subrayado que la interpretación de un tratado no puede dar lugar a su modificación. Como destacó en su opinión consultiva *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et*

³⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 107, párr. 18 del comentario.

³⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 109, párr. 33 del comentario.

⁴⁰⁰ *Anuario... 1965*, vol. I, 799.ª sesión, pág. 173, párrs. 25 y 26.

⁴⁰¹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 209, párr. 11 del comentario. Véanse también las explicaciones del Sr. Waldock en *Anuario... 1965*, vol. I, 799.ª sesión, pág. 172, párr. 14 («lo esencial es que si la declaración interpretativa constituye una reserva, sus efectos se determinarán por referencia a las disposiciones de los artículos 18 a 22. En tal caso, el consentimiento sólo se manifestará en forma de exclusión o aceptación de la reserva por los demás Estados interesados. En cambio, si con la declaración no se persigue alterar los efectos jurídicos de ninguna de las disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que la hace, se tratará de una declaración interpretativa que se regirá por las normas sobre interpretación»).

la Roumanie, «[l]a misión de la Corte es interpretar los tratados, no revisarlos»⁴⁰².

246. De lo anterior cabe deducir que una declaración interpretativa en modo alguno puede modificar las disposiciones del tratado. Con independencia de que la interpretación sea correcta o no, su autor está vinculado por las disposiciones del tratado. No cabe duda de que ese es el sentido del pronunciamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Belilos*, en que afirmó que una declaración interpretativa

puede desempeñar una función en la interpretación de un artículo del Convenio. No obstante, si la Comisión o el Tribunal realizaran una interpretación diferente, el Estado interesado quedaría vinculado por ésta⁴⁰³.

En otras palabras, al basarse en la interpretación que ha propuesto unilateralmente, el Estado no queda liberado del riesgo de incumplir sus obligaciones internacionales. En caso de que su interpretación no corresponda «al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin» (art. 31, párr. 1, de las Convenciones de Viena), es muy probable que los actos de ejecución del tratado que haya realizado no sean conformes con lo que le imponen sus obligaciones convencionales⁴⁰⁴.

247. Sin embargo, la situación es ligeramente distinta en caso de que un Estado o una organización internacional formule una declaración interpretativa condicional en el sentido de la directriz 1.2.1 (Declaraciones interpretativas condicionales)⁴⁰⁵ y haga depender su consentimiento en quedar vinculado por el tratado de la interpretación que propone. Ciertamente, si la interpretación propuesta por el autor de la declaración y la interpretación del tratado que haga un órgano autónomo competente para ello⁴⁰⁶ son coincidentes, no se plantea ningún problema: tal declaración sería meramente interpretativa y podría desempeñar, en el proceso de interpretación del tratado, una función idéntica a la de cualquier otra declaración interpretativa. No obstante, en caso de que la interpretación del autor de la declaración interpretativa no corresponda a la interpretación del tratado establecida de manera objetiva (siguiendo las reglas de las Convenciones de Viena) por un tercero imparcial, sí se plantea un problema, ya que el autor de la declaración no quiere quedar vinculado por el tratado mientras se interprete de esa manera,

⁴⁰² Segunda fase, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 229. Véanse también las decisiones *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 196, y *Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 48, párr. 91. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 20, 35 y 96, respectivamente.

⁴⁰³ *Marlène Belilos c. Suisse*, demanda 10328/83, dictamen de 7 de mayo de 1986, párr. 102.

⁴⁰⁴ Véase también McRae, «The legal effect of interpretative declarations», pág. 161; Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, pág. 126; o Horn, *op. cit.*, pág. 326.

⁴⁰⁵ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 109 a 112.

⁴⁰⁶ No es imaginable que la interpretación «auténtica» del tratado (es decir, la que hace el conjunto de las partes) se aparte de manera significativa de la del autor de la declaración interpretativa: por definición, una interpretación auténtica emana de las partes en su conjunto (véase Salmon, *op. cit.*, pág. 604 (Interpretación auténtica): «Interpretación realizada por el autor o por el conjunto de autores de la disposición interpretada (en particular, en el caso de un tratado, por todas las partes), de manera tal que su autoridad no pueda ser cuestionada»; véanse también los párrafos 277 a 282 *infra*).

sino únicamente por el texto convencional interpretado y aplicado de la manera en que lo ha propuesto. Subordina entonces su consentimiento en quedar vinculado por el tratado a una «interpretación» particular que, en principio, no corresponde al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, párr. 1, de las Convenciones de Viena). En este caso, y únicamente en este caso, la declaración interpretativa condicional debe asimilarse a una reserva y sólo puede producir los efectos de una reserva si se cumplen las condiciones pertinentes. Esta posibilidad, que no es sólo hipotética, justifica, por tanto, que tal declaración interpretativa, que, según sus propios términos, no tiene por objeto modificar el tratado, quede no obstante sujeta al mismo régimen jurídico que las reservas. Como ha subrayado McRae:

Dado que el Estado autor de la declaración mantiene su interpretación con independencia de la verdadera interpretación del tratado, su intención es excluir o modificar los términos del tratado. Por tanto, deben aplicarse a esa declaración las consecuencias asociadas a la formulación de reservas⁴⁰⁷.

248. Habida cuenta de lo anterior, la directriz 4.7.4 se refiere al caso concreto de las declaraciones interpretativas condicionales, que no parece posible asimilar pura y simplemente a las reservas en cuanto a su definición, pero que producen los mismos efectos:

4.7.4 Efectos de una declaración interpretativa condicional

Una declaración interpretativa condicional produce los mismos efectos que una reserva de conformidad con las directrices 4.1 a 4.6.

249. En cambio, en el caso de una declaración interpretativa simple, el mero hecho de proponer una interpretación que no es conforme con las disposiciones del tratado no altera en modo alguno la posición de su autor respecto del tratado. Sigue vinculado por él y debe respetarlo. Esta posición también ha sido confirmada por McRae:

[E]l Estado simplemente ha indicado su punto de vista sobre la interpretación del tratado, que puede coincidir o no con la que será aceptada en un procedimiento arbitral o judicial. Al proponer esta interpretación, el Estado no ha excluido procedimientos de interpretación posteriores ni la posibilidad de que su interpretación sea rechazada. Así pues, siempre que el Estado que formule la reserva siga contemplando la posibilidad de una interpretación oficial y definitiva que pueda apartarse de su propia posición, no hay motivo para tratar la declaración interpretativa del mismo modo que una tentativa de modificar o alterar el tratado⁴⁰⁸.

250. Aunque una declaración interpretativa no afecta, por tanto, al valor normativo y el carácter vinculante de las obligaciones que figuran en el tratado, no por ello carece de todo efecto o función en su interpretación. Ya se recordó, durante el examen de la cuestión de la validez de las declaraciones interpretativas⁴⁰⁹, que «en virtud de su soberanía,

⁴⁰⁷ McRae, *loc. cit.*, pág. 161. Véase también Heymann, *op. cit.*, págs. 147 y 148, quien comparte el punto de vista según el cual una declaración interpretativa condicional debe tratarse como una reserva únicamente en el caso de que el tratado cree un órgano competente para hacer una interpretación autorizada de él. En los demás casos, considera que la declaración interpretativa condicional no puede en modo alguno modificar las disposiciones del tratado (*ibíd.*, págs. 148 a 150).

⁴⁰⁸ McRae, *loc. cit.*, pág. 160.

⁴⁰⁹ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 142.

cada Estado tiene derecho a indicar el sentido que da a los tratados en los que es parte en lo que a él respecta»⁴¹⁰. Se trata de una necesidad: los destinatarios de una norma jurídica deben necesariamente interpretarla para aplicarla y cumplir las obligaciones que les impone⁴¹¹.

251. Las declaraciones interpretativas son ante todo la expresión de cómo conciben las partes las obligaciones internacionales que les impone el tratado. En este sentido, son medios para determinar la intención con que los Estados u organizaciones contratantes han asumido las obligaciones convencionales. Por este motivo, al ser elementos relacionados con la interpretación del tratado, la jurisprudencia⁴¹² y la doctrina han afirmado la necesidad de tener en cuenta tales declaraciones en el proceso convencional. Como precisa McRae:

De hecho, en eso reside la importancia jurídica de una declaración interpretativa: aporta pruebas de la intención a la luz de la cual debe interpretarse el tratado⁴¹³.

252. Heymann comparte este punto de vista. Afirma, por un lado, que una interpretación que no es aceptada, o que sólo lo es por determinadas partes, no puede constituir un elemento de interpretación con arreglo al artículo 31 de la Convención de Viena, pero añade, por otro lado, que «ello no excluye, sin embargo, que pueda utilizarse, en determinadas circunstancias, como indicio de una voluntad común de las partes»⁴¹⁴.

253. En Francia, el Consejo Constitucional ha sostenido el mismo punto de vista y ha circunscrito claramente el objeto y la función de una declaración interpretativa del Gobierno a la mera interpretación del tratado:

Considerando, por otro lado, que el Gobierno francés ha adjuntado a su firma una declaración interpretativa en que precisa el sentido y alcance que pretende dar a la Carta [Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias] o a algunas de sus disposiciones a la luz de la Constitución; que tal declaración unilateral no tiene más fuerza normativa que la de ser un instrumento referente al tratado y contribuir, en caso de litigio, a su interpretación⁴¹⁵.

254. La directriz 4.7, que encabeza la sección relativa a los efectos jurídicos de una declaración interpretativa, retoma estas dos ideas a fin de aclarar, por una parte, que una declaración interpretativa no afecta a los derechos y obligaciones derivados del tratado y, por otra, que sólo surte efectos en el proceso de interpretación. Dicha directriz podría quedar redactada de la siguiente manera:

4.7 Efectos de una declaración interpretativa

Una declaración interpretativa no modifica las obligaciones que resultan del tratado. Sólo puede precisar o

aclarar el sentido o alcance que su autor atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones y, por tanto, constituir un elemento que deba tomarse en consideración a efectos de interpretar el tratado.

255. Por otro lado, tampoco debe olvidarse que una declaración interpretativa también es una declaración unilateral que expresa la voluntad de su autor de aceptar una determinada interpretación del tratado o de sus disposiciones. Así pues, aunque la declaración, en sí misma, no cree derechos y obligaciones para su autor o para las demás partes en el tratado, puede impedir que su autor esgrima una posición contraria a la expresada en ella. Poco importa que se bautice a este fenómeno como estoppel⁴¹⁶ o no; se trata, en cualquier caso, de un corolario del principio de buena fe⁴¹⁷: en sus relaciones internacionales, el Estado no puede jugar con dos barajas. No puede declarar que interpreta cierta disposición del tratado de determinada manera y adoptar la posición contraria ante el juez o el árbitro internacional⁴¹⁸.

256. No cabe deducir de ello que el autor de una declaración interpretativa esté vinculado por la interpretación que propone (que, por otra parte, puede carecer de

⁴¹⁶ Como explicó el magistrado Alfaro en la importante opinión separada que adjuntó al fallo de la CIJ en el caso *Temple de Préah Vihear*, «[c]on independencia del término empleado para denominar este principio aplicado en el ámbito internacional [estoppel, preclusión, exclusión, aquiescencia], su sustancia es siempre la misma: la contradicción entre las reclamaciones o alegaciones de un Estado y su comportamiento anterior en ese ámbito no es admisible (*allegans contraria non audiendus est*). Su objetivo es siempre el mismo: un Estado no está autorizado a sacar provecho de sus propias contradicciones en detrimento de otro Estado (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). [...] Por último, el efecto jurídico de este principio es siempre el mismo: la parte que, mediante su reconocimiento, aseveración, declaración, comportamiento o silencio, ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que pretende reivindicar ante un tribunal internacional no está autorizada a reclamar ese derecho (*venire contra factum proprium non valet*)» (fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 40; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 81). Véase también el fallo de la CPJI de 12 de julio de 1929, *Emprunts serbes, 1929, C.P.J.I. série A, n.º 20*, págs. 38 y 39; y los fallos de la CIJ de 20 de febrero de 1969, *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, pág. 26, párr. 30; de 26 de noviembre de 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), competencia y admisibilidad, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 415, párr. 51; o de 13 de septiembre de 1990, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, solicitud de intervención de Nicaragua, *C.I.J. Recueil 1990*, pág. 118, párr. 63. Para los casos de la CIJ precedentemente mencionados, véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 100, 188 y 270, respectivamente.

⁴¹⁷ Véase el fallo de 12 de octubre de 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, pág. 305, párr. 130. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 177. Por lo demás, la doctrina coincide en este punto. Así, Bowett explicaba, hace más de medio siglo, que la razón de ser del estoppel residía en el principio de buena fe: «El fundamento de la norma es el principio general de buena fe y, como tal, figura en muchos ordenamientos jurídicos» («Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», pág. 176). Véase también Crawford y Pellet, «Aspects des modes continentaux et Anglo-Saxons de plaidoiries devant la C.I.J.».

⁴¹⁸ Véanse los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la Comisión en 2006, principio 10 («Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: [...] b) la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas»), *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 183.

⁴¹⁰ Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, pág. 277.

⁴¹¹ Abi-Saab, «'Interprétation' et 'auto-interprétation': Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international», pág. 14.

⁴¹² Véase la nota 404 *supra*.

⁴¹³ McRae, *loc. cit.*, pág. 169.

⁴¹⁴ *Op. cit.*, pág. 135.

⁴¹⁵ Consejo Constitucional, decisión n.º 99-412 DC, 15 de junio de 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Journal Officiel de la République Française, 18 de junio de 1999, pág. 8965, párr. 4)*.

fundamento). El valor de esta interpretación depende de otras circunstancias y sólo puede apreciarse a la luz de las reglas por las que se rige el proceso de interpretación. A este respecto, se puede suscribir el análisis de Bowett:

El estoppel se basa en la representación de hechos, mientras que el comportamiento de las partes al interpretar sus respectivos derechos y deberes no parece tanto una representación de hechos como una representación de derecho. No obstante, la interpretación de los derechos y deberes de las partes en un tratado debería corresponder en última instancia a un tribunal internacional imparcial y no sería correcto permitir que el comportamiento de las partes al interpretar esos derechos y deberes se convirtiera en una interpretación vinculante para ellas⁴¹⁹.

257. Sin embargo, al realizar una interpretación en un determinado sentido, el autor de una declaración interpretativa crea expectativas en las demás partes contratantes, que pueden de buena fe, tenerla en cuenta y confiar en ella⁴²⁰. Por tanto, el autor de una declaración interpretativa no podrá cambiar de posición a voluntad mientras su declaración no haya sido retirada o modificada. Por lo demás, conviene recordar que, en virtud de las directrices 2.4.9 (Modificación de una declaración interpretativa)⁴²¹ y 2.5.12 (Retiro de una declaración interpretativa)⁴²², el autor de una declaración interpretativa es libre de modificarla o retirarla en cualquier momento.

258. Al igual que el autor de la declaración interpretativa, el Estado u organización internacional que haya aprobado tal declaración tampoco podrá esgrimir una interpretación diferente respecto del autor de la declaración.

259. A la luz de estas observaciones, procede incluir en la Guía de la práctica una directriz 4.7.2 que tenga en cuenta la oponibilidad de una declaración interpretativa a su autor:

4.7.2 Valor de una declaración interpretativa respecto de su autor

El autor de una declaración interpretativa o el Estado u organización internacional que la haya aprobado no puede invocar una interpretación que sea contradictoria con la propuesta en su declaración.

260. Debido a la propia naturaleza de la operación de interpretación (que es un proceso⁴²³, un arte más que una ciencia exacta⁴²⁴), sólo es posible, con carácter general y abstracto, apreciar el valor de una interpretación recurriendo a la «regla general de interpretación» que figura en el artículo 31 de las Convenciones de Viena, que no cabe cuestionar ni «reexaminar» en el presente informe.

⁴¹⁹ Bowett, «Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», pág. 189. Véase también McRae, *loc. cit.*, pág. 168.

⁴²⁰ Véase Heymann, *op. cit.*, pág. 142.

⁴²¹ «Salvo que el tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse o modificarse en momentos determinados, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento» (*Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 114).

⁴²² «Una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento, siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación, por las autoridades competentes para este fin» (*ibid.*, pág. 115).

⁴²³ Una operación «lógico-intelectual», según Sapienza («Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités», pág. 623).

⁴²⁴ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párrs. 140 y 141.

Por tanto, cualquier investigación realizada en el marco del presente estudio debe limitarse necesariamente a la cuestión de la autoridad de una interpretación propuesta en una declaración interpretativa y su valor probatorio para cualquier tercero competente para la interpretación, es decir, el lugar que ocupa y la función que desempeña en el proceso de interpretación.

261. Por lo que respecta a la primera cuestión (la autoridad de la interpretación propuesta por el autor de una declaración interpretativa), no debe perderse de vista que, según su definición, una declaración interpretativa es una declaración unilateral⁴²⁵. Por tanto, la interpretación propuesta no es más que una interpretación unilateral que, como tal, no tiene especial valor ni puede, obviamente, vincular a las demás partes en el tratado. Este principio de sentido común ya fue afirmado por De Vattel:

[N]inguno de los interesados ni de los contratantes tiene derecho a interpretar el acto o el tratado a su voluntad⁴²⁶.

Durante los debates sobre el proyecto de artículo 70 (que posteriormente se convirtió en el artículo 31), relativo a la regla general de interpretación, el Sr. Rosenne estimó

que puede darse el caso de que, por ejemplo, el Senado de los Estados Unidos interprete un tratado de una manera unilateral que no siempre sea aceptada por la otra parte. Tal declaración interpretativa meramente unilateral hecha en relación con la conclusión de un tratado no puede vincular a las partes⁴²⁷.

262. El Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC expresó la misma idea de la siguiente manera:

La finalidad de la interpretación de los tratados con arreglo al artículo 31 de la *Convención de Viena* es determinar la intención común de las partes. Esta intención común no puede establecerse basándose en las «expectativas», subjetivas y determinadas unilateralmente, de una de las partes en un tratado⁴²⁸.

263. Dado que se trata de la mera intención unilateral del autor de la declaración (o, en el mejor de los casos, de una intención compartida, si ha sido aprobada por varias partes en el tratado⁴²⁹), no es posible, en modo alguno, atribuirle un valor objetivo, oponible *erga omnes*, y menos aún el valor de una interpretación auténtica aceptada por todas las partes⁴³⁰. Aunque no es determinante a

⁴²⁵ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

⁴²⁶ *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, pág. 462, párr. 265. En español puede consultarse Emer de Vattel, *Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, t. 1, París, Casa de Masson, 1824.

⁴²⁷ *Anuario... 1964*, vol. I, 769.ª sesión, pág. 322, párr. 52.

⁴²⁸ Decisión de 5 de junio de 1998, Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático, WT/DS62-67-68/AB/R, párr. 84.

⁴²⁹ A este respecto, Heymann (*op. cit.*, pág. 135) ha explicado que «si una declaración interpretativa simple sólo es aceptada por algunas de las partes contratantes, la interpretación compartida no es un factor de interpretación autónomo en el sentido de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Ello es así porque, al interpretar un tratado, deben tenerse en cuenta las intenciones de todas las partes, y la interpretación compartida sólo expresa la voluntad de un grupo más o menos grande de partes contratantes».

⁴³⁰ A este respecto, véanse los párrafos 277 a 282 *infra*.

efectos del sentido que debe atribuirse a los términos del tratado, tiene sin embargo cierta incidencia en el proceso interpretativo.

264. No obstante, es difícil determinar con exactitud el motivo por el cual una declaración interpretativa forma parte del conjunto de «elementos» de interpretación de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena. El Sr. Waldock fue especialmente prudente y no dispuso todas las dudas sobre esta cuestión:

Las declaraciones interpretativas no fueron incluidas por la Comisión en la presente sección por la sencilla razón de que no son reservas y se refieren a la interpretación de los tratados y no a la celebración de los mismos. En suma, parecen corresponder más bien a los artículos 69 a 71. En éstos se establece que «a efectos de su interpretación», el contexto del tratado se entenderá que comprende «cualquier otro acuerdo o instrumento relacionado con él y que hubiere sido establecido o redactado con motivo de su celebración» (párrafo 2 del artículo 69); que «todo acuerdo entre las partes sobre la interpretación del tratado» y «toda práctica posterior en la aplicación del tratado que evidencie claramente una interpretación concorde de todas las partes en el tratado» se han de tener en cuenta «juntamente con el contexto» del tratado a efectos de su interpretación (párrafo 3 del artículo 69); que entre «otros medios de interpretación» se podrá acudir a los «trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración» (artículo 70); y que se podrá dar a un término un sentido que no fuere su sentido corriente si se establece de modo concluyente que las partes tuvieron la intención de darle dicho sentido especial. Cualquiera de estas disposiciones puede entrar en juego al estudiar los efectos jurídicos de una declaración interpretativa en un caso determinado. [...] A juicio del Relator Especial, la Comisión estuvo en lo cierto al decidir que la cuestión corresponde a los artículos 69 a 71 y no a la presente sección⁴³¹.

265. La consideración de las declaraciones interpretativas como uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para interpretar el tratado depende, en lo esencial, del contexto de la declaración y del asentimiento de los demás Estados partes. Pero es de particular interés subrayar que en 1966 el Relator Especial se negó muy claramente a incorporar las declaraciones unilaterales o los acuerdos *inter partes* a ese «contexto» cuando los Estados Unidos así lo sugirieron por medio de una enmienda. El Relator Especial explicó que sólo cierto grado de asentimiento de las demás partes en el tratado habría permitido la incorporación de las declaraciones o los acuerdos *inter partes* al contexto interpretativo:

Respecto del contenido del párrafo 2, [...] [l]a indicación del Gobierno de los Estados Unidos de que se aclare si la palabra «contexto» incluye 1) los documentos unilaterales y 2) aquellos documentos en que hubiesen convenido varias de las partes en un instrumento multilateral, pero no todas, origina problemas de fondo y de forma que ya tuvo presentes la Comisión en 1964, pero no encontró fáciles de resolver en el 16.º período de sesiones. [...] Pero, en principio, parece claro que un documento unilateral no puede ser considerado como parte del «contexto» a los efectos de interpretar un tratado, a menos que las demás partes acepten su idoneidad a los efectos de interpretar el tratado o determinar las condiciones de aceptación del tratado por determinado Estado. Análogamente, en el caso de un documento que emane de un grupo de partes en un tratado multilateral, el principio general parece ser que la pertinencia del documento en relación con el tratado habrá de ser aceptada por las demás partes. Que un documento «unilateral» o de «un grupo» forme parte del contexto dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y por ello el Relator Especial no cree oportuno que la Comisión intente ir más allá de enunciar el aspecto esencial del principio: la necesidad del consentimiento expreso o tácito⁴³².

⁴³¹ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 51, párr. 2 de las observaciones y propuestas del Relator Especial sobre los proyectos de artículos 18 a 20.

⁴³² *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 106, párr. 16 de las observaciones y propuestas del Relator Especial sobre los proyectos de artículos 69 a 71.

266. Sapienza también llega a la conclusión de que las declaraciones interpretativas que no han recibido la aprobación de las demás partes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 31, párr. 2, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena:

En primer lugar, cabría preguntarse por el significado que debe atribuirse a la expresión «aceptado por las demás como instrumento referente al tratado». ¿Significa que el asentimiento de las demás partes debe limitarse al hecho de que el instrumento en cuestión se refiere efectivamente al tratado o debe, en cambio, abarcar también el contenido de la interpretación? Me parece que, en realidad, no se plantea ninguna alternativa, ya que el párrafo 2 afirma que se tendrán en cuenta los documentos en cuestión «para los efectos de la interpretación». En consecuencia, la aceptación por las demás partes de los instrumentos mencionados en el apartado *b* sólo podrá ser un consentimiento para que la interpretación contenida en la declaración se utilice en la reconstrucción del contenido normativo de las disposiciones convencionales de que se trata, incluso respecto de los demás Estados⁴³³.

267. Sin embargo, aunque a primera vista tales declaraciones interpretativas no parecen estar comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena, lo cierto es que constituyen la expresión (unilateral) de la intención de una de las partes en el tratado y, como tal, pueden desempeñar cierta función en el proceso de interpretación.

268. En su opinión consultiva *Statut international du Sud-Ouest africain*, la CIJ señaló lo siguiente en relación con las declaraciones de la Unión Sudafricana sobre sus obligaciones internacionales resultantes del Mandato:

Estas declaraciones constituyen un reconocimiento por el Gobierno de la Unión Sudafricana de la continuación de sus obligaciones en virtud del Mandato y no una mera indicación sobre el comportamiento futuro de ese Gobierno. Si bien la interpretación de instrumentos jurídicos realizada por las propias partes no es concluyente para determinar su sentido, tiene al menos un gran valor probatorio cuando supone el reconocimiento por una de las partes de sus obligaciones en virtud de un instrumento. En el presente caso, las declaraciones de la Unión Sudafricana corroboran las conclusiones alcanzadas por la Corte⁴³⁴.

269. La CIJ precisa así que las declaraciones de los Estados sobre sus obligaciones internacionales tienen «valor probatorio» para la interpretación de los términos de los instrumentos jurídicos a que se refieren y sirven para apoyar o «corroborar» una interpretación ya realizada por otros métodos. Así pues, una declaración interpretativa puede confirmar una interpretación basada en los elementos objetivos enumerados en los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena.

270. En el caso *Délimitation maritime en mer Noire* (Rumania *c.* Ucrania)⁴³⁵ se planteó de nuevo ante la CIJ la cuestión del valor de una declaración interpretativa. Al firmar y ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Rumania había formulado la siguiente declaración interpretativa:

⁴³³ Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, págs. 239 y 240. Véase también Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 1268 («Sin embargo, una interpretación aceptada únicamente por algunas de las partes en un tratado multilateral puede no ser determinante, ya que es posible que deban tomarse en consideración los intereses e intenciones de las demás partes»).

⁴³⁴ *C.I.J. Recueil 1950*, págs. 135 y 136. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 17.

⁴³⁵ Fallo, *C.I.J. Recueil 2009*, pág. 61.

Rumania declara que, con arreglo a las exigencias de equidad que resultan de los artículos 74 y 83 de la Convención sobre el Derecho del Mar, las islas deshabitadas y sin actividad económica propia no pueden afectar en modo alguno a la delimitación de los espacios marítimos pertenecientes a las costas principales de los Estados ribereños⁴³⁶.

Sin embargo, la Corte no prestó atención en su fallo a la declaración de Rumania y se limitó a señalar lo siguiente:

Por último, por lo que respecta a la declaración de Rumania [...], la Corte señala que el artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no impide que un Estado formule tales declaraciones al firmar o ratificar la Convención o adherirse a ella, siempre que tales declaraciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación al Estado autor de ellas. Por tanto, la Corte aplicará las disposiciones pertinentes de la Convención tal como las ha interpretado en su jurisprudencia de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969. La declaración de Rumania como tal no tiene ninguna incidencia en la interpretación de la Corte⁴³⁷.

271. La formulación es radical y parece poner en tela de juicio toda utilidad de las declaraciones interpretativas. Da a entender que la declaración no tiene «ninguna incidencia» en la interpretación de las disposiciones de la Convención que corresponde hacer a la CIJ. Sin embargo, la utilización de la expresión «tal como» permite matizar esta observación radical: la Corte no se considera vinculada por la interpretación unilateral propuesta por Rumania, pero ello no impide que tal interpretación unilateral tenga influencia como medio de prueba o elemento capaz de corroborar la interpretación de la Corte «de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados».

272. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque similar. Después de que la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmara en su momento que una declaración interpretativa «puede desempeñar una función en la interpretación de un artículo del Convenio»⁴³⁸, el Tribunal adoptó el mismo enfoque en la causa *Krombach c. France*: las declaraciones interpretativas pueden confirmar una interpretación alcanzada según las reglas pertinentes en la materia. Así, a fin de responder a la cuestión de si el órgano jurisdiccional superior en materia penal puede limitarse a analizar las cuestiones de derecho, el Tribunal examinó primero la práctica de los Estados, luego su propia jurisprudencia en la materia y, por último, hizo referencia a una declaración interpretativa francesa:

El Tribunal recuerda que los Estados contratantes disponen, en principio, de un amplio margen de apreciación para decidir las modalidades de ejercicio del derecho previsto en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio. Así, el examen de la declaración de culpabilidad o de la condena por un órgano jurisdiccional superior puede referirse a cuestiones tanto de hecho como de derecho o limitarse exclusivamente a las cuestiones de derecho; además, en algunos países los interesados que deseen presentar un recurso a veces deben solicitar autorización para hacerlo. No obstante, las limitaciones establecidas por las legislaciones internas al derecho de recurso mencionado en esta disposición deben, por analogía con el derecho de acceso a los tribunales establecido en el artículo 6, párrafo 1, del Convenio, perseguir un objetivo legítimo y no menoscabar la esencia misma de ese derecho (*Haser c. Suisse* (decisión), n.º 33050/96, 27 de abril de 2000, inédita). Esta disposición es, en sí misma, conforme con la excepción que autoriza el párrafo 2

del artículo 2 y queda corroborada por la declaración interpretativa de Francia, según la cual «a los efectos del artículo 2, párrafo 1, el examen por un órgano jurisdiccional superior puede limitarse a un control de la aplicación de la ley, como el recurso de casación»⁴³⁹.

273. Los Estados también invocan sus propias declaraciones interpretativas por ese motivo. Así, en sus alegaciones orales en el caso *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, el agente de los Estados Unidos, a fin de demostrar que la *mens rea specialis* era un elemento *sine qua non* de la calificación de genocidio, basó su argumentación, de manera accesoría, en la declaración interpretativa realizada por los Estados Unidos:

[E]n la declaración interpretativa formulada por los Estados Unidos al ratificar la Convención se afirmó claramente la necesidad de demostrar en tales circunstancias la existencia de la intención específica que requiere la Convención. En esa declaración interpretativa se dice que «los actos cometidos en el transcurso de conflictos armados sin la intención específica que requiere el artículo II no bastan para constituir genocidio en el sentido de la presente Convención». La República Federativa Socialista de Yugoslavia no formuló ninguna objeción a esa declaración interpretativa y el demandante no ha hecho aquí ningún intento de cuestionarla⁴⁴⁰.

274. Así pues, de la práctica y de los análisis doctrinales se desprende que las declaraciones interpretativas sólo intervienen como medio auxiliar o complementario de interpretación, a fin de corroborar el significado de los términos del tratado a la luz del objeto y fin de éste. Por tanto, no producen efectos autónomos: cuando surten efecto, están asociadas a otro instrumento de interpretación al que, en la mayoría de los casos, sirven de apoyo.

275. Por consiguiente, el intérprete puede apoyarse en declaraciones interpretativas para confirmar sus conclusiones sobre la interpretación de un tratado o una disposición del tratado. Esas declaraciones son la expresión de un elemento subjetivo de interpretación (la intención de uno de los Estados partes) y, como tales, pueden confirmar el «sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». En este sentido, también conviene tener en cuenta las reacciones que las demás partes (que son otros tantos posibles intérpretes del tratado) hayan podido manifestar respecto de la declaración interpretativa. Una declaración interpretativa que ha sido aprobada por uno o varios Estados tiene, ciertamente, mayor valor probatorio de la intención de las partes que una declaración interpretativa que ha sido objeto de una oposición⁴⁴¹.

276. Este efecto de «confirmación» de las declaraciones interpretativas es objeto de la directriz 4.7.1, que podrá quedar redactada de la siguiente manera:

4.7.1 Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa

Una declaración interpretativa puede contribuir a aclarar el sentido corriente que haya de atribuirse a los

⁴³⁶ *Traité multilatéraux...* (nota 35 *supra*), cap. XXI.6.

⁴³⁷ *C.I.J. Recueil 2009*, pág. 78, párr. 42.

⁴³⁸ Véase la nota 404 *supra*.

⁴³⁹ Sentencia de 13 de febrero de 2001, demanda n.º 29731/96, párr. 96, *Recueil des arrêts et décisions, 2001-II*.

⁴⁴⁰ *C.I.J. Mémoires, Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, Acta literal 1999/35, 12 de mayo de 1999 (Sr. Andrews).

⁴⁴¹ *McRae, loc. cit.*, págs. 169 y 170.

términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados.

Al evaluar la importancia que debe darse a una declaración interpretativa en la interpretación del tratado, se tendrán debidamente en cuenta las aprobaciones y oposiciones de que ha sido objeto por otros Estados contratantes y organizaciones contratantes.

277. Sin embargo, el asentimiento de las demás partes en el tratado respecto de una declaración interpretativa altera la situación radicalmente. Así, el Sr. Waldock recordó, en el seno de la Comisión, que ésta había

admitido que la posibilidad de utilizar las declaraciones de las partes a fines de interpretación dependerá de si reflejan un acuerdo mutuo entre ellas. El asentimiento de las demás partes es imprescindible⁴⁴².

278. El acuerdo unánime de todas las partes es, por tanto, un verdadero acuerdo interpretativo que representa la voluntad de los «dueños del tratado» y, como tal, constituye una interpretación auténtica⁴⁴³. Un ejemplo de ello es la aprobación unánime por los Estados contratantes en el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand) de la declaración interpretativa de los Estados Unidos sobre el derecho de legítima defensa⁴⁴⁴.

279. En este supuesto, también es difícil determinar si el acuerdo interpretativo forma parte del contexto interno (art. 31, párr. 2 de las Convenciones de Viena) o externo (art. 31, párr. 3) del tratado. En realidad, todo depende de las circunstancias en que se haya formulado la declaración y en que haya sido aprobada por las demás partes. En efecto, en caso de que la declaración se realice antes de la firma del tratado y sea aprobada cuando (o antes de que) todas las partes expresen su consentimiento en quedar vinculadas, la combinación de la declaración y de su aprobación unánime parece un acuerdo interpretativo que puede entenderse como un «acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado», en el sentido del artículo 31, párr. 2, apdo. *a*, o como un «instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado», en el sentido del párrafo 2, apdo. *b*, del mismo artículo. Sin embargo, si el acuerdo interpretativo se produce después de la celebración del tratado, cabe preguntarse si se trata de una simple «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual

conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado», en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, o si, en razón de su carácter formal, la combinación entre declaración y aprobación unánime constituye un auténtico «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» (art. 31, párr. 3, apdo. *a*)⁴⁴⁵.

280. Sin resolver realmente la cuestión, la Comisión expuso lo siguiente en su comentario del artículo 27 (que posteriormente se convirtió en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*), de su proyecto de artículos:

A veces puede plantearse la cuestión de hecho de si un acuerdo a que se ha llegado en las negociaciones acerca del sentido de una disposición tenía o no por finalidad constituir una base convenida para su interpretación. Sin embargo, está bien sentado que, cuando se determina que el acuerdo sobre la interpretación de una disposición ha sido concertado antes de la celebración del tratado o en el momento de esa celebración, debe considerarse que forma parte del tratado. Así, en el asunto *Ambatielos*, la Corte dijo que «las disposiciones de la Declaración tienen el carácter de cláusulas de interpretación y, como tales, deben ser consideradas como parte integrante del tratado». Análogamente, un acuerdo sobre la interpretación de una disposición al que se haya llegado después de la celebración del tratado constituye una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado⁴⁴⁶.

281. En cualquier caso, un acuerdo entre las partes sobre la interpretación del tratado debe ser tenido en cuenta al mismo tiempo que el texto.

282. La directriz 4.7.3 refleja esta práctica de las declaraciones interpretativas aprobadas por todas las partes en el tratado:

4.7.3 Efectos de una declaración interpretativa aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones contratantes

Una declaración interpretativa que ha sido aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones contratantes constituye un acuerdo acerca de la interpretación del tratado.

283. Aun en el caso de que no pueda lograrse un acuerdo unánime sobre una declaración interpretativa, ésta no pierde todo su interés. Así como una declaración de esa índole puede servir de base para un acuerdo sobre la interpretación del tratado, también puede impedir que se alcance tal acuerdo⁴⁴⁷. McRae ha señalado lo siguiente a este respecto:

La «declaración interpretativa simple» sirve de aviso de la posición que adoptará el Estado que la formula y puede anunciar un posible conflicto entre ese Estado y otras partes contratantes⁴⁴⁸.

⁴⁴² *Anuario... 1966*, vol. I, parte I, 829.ª sesión, págs. 48 y 49, párr. 53. Véase también Kolb, *Interprétation et création du droit international*, pág. 609.

⁴⁴³ Véase la nota 406 *supra*. Véase también Heymann, *op. cit.*, págs. 130 a 135; Voicu, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, pág. 134; o Herdegen, «Interpretation in International Law», párr. 34.

⁴⁴⁴ «Notes between the United States and other Powers, July 8-20, 1928», *AJIL, Supplement*, vol. 23, n.º 1 (enero de 1929), págs. 1 a 13.

⁴⁴⁵ En este sentido, véase en particular Heymann, *op. cit.*, pág. 130.

⁴⁴⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 14 del comentario. Para el caso *Ambatielos*, excepción preliminar, fallo, véase *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 28; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 31.

⁴⁴⁷ Heymann, *op. cit.*, pág. 129.

⁴⁴⁸ McRae, *loc. cit.*, págs. 160 y 161.

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/626 y Add.1

Decimosexto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés]
[19 de marzo y 17 de mayo de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	55
Obras citadas en el presente informe.....	56
DESTINO DE LAS RESERVAS, ACEPTACIONES Y OBJECIONES, Y DE LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.....	57
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-9 57
<i>Capítulo</i>	
I. DESTINO DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE ESTADOS.....	10-98 58
A. Principios generales aplicables.....	11-59 59
B. Alcance territorial de las reservas en el marco de una sucesión de Estados.....	60-81 68
C. Eficacia temporal de una reserva en el marco de una sucesión de Estados.....	82-98 71
II. DESTINO DE LAS ACEPTACIONES DE RESERVAS Y LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS EN CASO DE SUCESIÓN DE ESTADOS.....	99-150 73
A. Destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor.....	102-113 73
B. Destino de las objeciones a las reservas del Estado predecesor.....	114-117 75
C. Reservas del Estado predecesor que no hayan suscitado objeciones antes de la fecha de la sucesión de Estados.....	118-121 76
D. Facultad del Estado sucesor de formular objeciones frente a reservas anteriores.....	122-134 76
E. Objeciones a las reservas formuladas por el Estado sucesor.....	135-138 78
F. Aceptaciones de reservas.....	139-150 78
III. DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.....	151-158 80

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1, n.º 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.

Fuente

Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 117.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 241.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1983 (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.

Obras citadas en el presente informe

BOKOR-SZEGŐ, Hanna <i>New States and International Law</i> , Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.	MENON, P. K. «The newly independent States and succession in respect of treaties», <i>Korean Journal of Comparative Law</i> , vol. 18 (1990), págs. 139 a 173.
CAFLISCH, Lucius «La pratique suisse en matière de droit international public 1996» (chronique), <i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i> , vol. 7 (1997), págs. 637 a 707.	MIKULKA, Václav «The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», en Mojmir Mrak (ed.), <i>Succession of States</i> , La Haya, Londres y Boston, Nijhoff, 1999, págs. 100 a 125.
GAJA, Giorgio «Reservations to treaties and the newly independent States», <i>Italian Yearbook of International Law</i> , vol. 1, 1975, págs. 52 a 68.	O'CONNELL, Daniel Patrick <i>State Succession in Municipal Law and International Law</i> , Cambridge Studies in International and Comparative Law, VII (Vol. II: International Relations), Cambridge, Cambridge University Press, 1967.
GONÇALVES PEREIRA, André <i>La succession d'États en matière de traité</i> , París, Pedone, 1969.	RUDA, José María «Reservation to treaties», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III</i> , t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, págs. 95 a 218.
KLABBERS, Jan «State succession and reservations to treaties», en Jan Klabbers y René Lefeber (eds.), <i>Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag</i> , La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 107 a 120.	SZAFARZ, Renata «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», <i>Annuaire polonais de droit international (Breslavia)</i> , vol. X (1979-1980), págs. 77 a 113.
IMBERT, Pierre-Henri <i>Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951</i> , París, Pedone, 1979.	ZEMANEK, Karl «State succession after decolonization», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1965-III</i> , t. 116, Martinus Nijhoff, págs. 181 a 300.
MARCOFF, Marco G. <i>Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux</i> , Friburgo, Editions universitaires, 1969.	

Destino de las reservas, aceptaciones y objeciones, y de las declaraciones interpretativas, en los casos de sucesión de Estados

Introducción

1. De conformidad con lo anunciado por el Relator Especial en su decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados¹, en el presente informe se aborda la cuestión de las reservas a los tratados y las objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. De conformidad con el plan provisional del estudio propuesto por el Relator Especial en su segundo informe² y aplicado sistemáticamente desde ese entonces, las directrices correspondientes habrán de constituir el capítulo 5 y último³ de la Guía de la práctica.

2. El presente informe se ha preparado siguiendo de cerca los elementos indicados en el valioso memorando preparado por la Secretaría en 2009 titulado *Las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados*⁴. Sin embargo, ha resultado imposible remitir sistemáticamente en las notas a dicho estudio, que de cierta manera constituye el documento original sobre cuya base se ha preparado el presente informe.

3. Habida cuenta de las escasas normas sobre reservas que figuran en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1978), de los elementos de la práctica indicados en el memorando de la Secretaría antes citado⁵ y de las consideraciones en él formuladas, parece oportuno prever la inclusión en la Guía de la práctica de una serie de directrices aplicables a los problemas que plantean las reservas, las aceptaciones de reservas y las objeciones a éstas en el contexto de la sucesión de Estados.

4. La adopción de directrices sobre el particular es importante porque:

a) En la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986) no figura disposición alguna a ese respecto, de no ser una cláusula de salvaguardia que, por definición, no ofrece ninguna indicación de las normas aplicables⁶;

b) La Convención de Viena de 1978 contiene una sola disposición relativa a las reservas, a saber, el artículo 20, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 20

Reservas

1. Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, se entenderá que mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que aquella reserva.

2. Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que ésta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados a), b) o c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las normas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

c) Asimismo, como se subrayó en el primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados⁷:

132. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 apenas trata, y mucho menos resuelve, los problemas potenciales relativos a las reservas en el caso de la sucesión de Estados.

133. En primer lugar, debe señalarse que el artículo figura en la parte III de la Convención, que se refiere a «los Estados de reciente independencia». Por consiguiente, se aplica en el caso de la descolonización o disolución de Estados⁸, mientras que la cuestión de las normas aplicables a la sucesión de un Estado con respecto de una parte de un territorio, la unión de un Estado o la separación de un Estado se pasa totalmente por alto. [...]

134. En segundo lugar, mientras que el párrafo 1 del artículo 20 prevé la posible formulación de nuevas reservas por el nuevo Estado, y aunque el efecto del párrafo 3 es que un tercer Estado puede formular objeciones en tal caso, no se estipula si este último puede objetar a las reservas que se mantienen. [...]

¹ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2, párr. 65.

² *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 50 y 51, párr. 37.

³ A reserva de los dos anexos dedicados, respectivamente, al diálogo sobre las reservas y al arreglo de litigios.

⁴ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/616. El Relator Especial da las gracias, en particular, a los funcionarios de la Secretaría Sres. Georges Korontzis y Gionata Buzzini, que contribuyeron a redactar ese excelente trabajo bajo la supervisión del Sr. Václav Mikulka.

⁵ *Ibíd.*

⁶ El artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente: «Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados». En el párrafo 1 del

artículo 74 de la Convención de Viena de 1986 figura una cláusula de salvaguardia análoga.

⁷ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 159 y 160, párrs. 132 a 135; véase también *ibíd.*, págs. 148 y 149, párrs. 62 a 71; *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 52, párr. 46, y el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 1 y 2.

⁸ Habida cuenta de que la Convención de Viena de 1978, en contraposición a la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (art. 31), no prevé la situación de «disolución de Estados», y que en el presente informe se prefiere no formular interrogantes sobre las modalidades particulares de la sucesión, sin duda no resulta útil analizar la cuestión de si los Estados que son resultado de un proceso de disolución —que son «Estados nuevos» pero no «de reciente independencia» en el sentido de la Convención de Viena de 1978— pueden o no asimilarse a los Estados de reciente independencia.

135. Por último, y ello constituye una grave laguna, en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no se hace referencia alguna a la sucesión en relación con las objeciones a las reservas —aunque las propuestas iniciales de Sir Humphrey Waldock trataban de este punto— sin que estén claras las razones de esta omisión¹⁷².

¹⁷² Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, págs. 318 a 322.

5. Por consiguiente, en algunas directrices que se proponen más adelante se refleja el estado del derecho internacional positivo sobre el particular, en tanto que otras surgen del desarrollo progresivo del derecho internacional o tienen por objeto ofrecer soluciones racionales a diversos problemas a los que, hasta ahora, ni la Convención de Viena de 1978 ni la práctica parecen haber aportado respuestas seguras. En estas circunstancias, como suele suceder, muchas veces resulta difícil, por no decir imposible, diferenciar claramente lo que corresponde a la codificación *stricto sensu*, por una parte, y las propuestas que tienen por objeto impulsar el desarrollo progresivo, por la otra.

6. En cambio, el presente informe no pretende volver a cuestionar las normas y principios enunciados en la Convención de Viena de 1978. En particular, se basa en la definición de la sucesión de Estados tal como figura en ese instrumento⁹. En un sentido más general, las directrices que figuran a continuación se basan en la terminología de la Convención de Viena de 1978, atribuyen el mismo sentido a los términos y expresiones empleadas en esa Convención y definidos en su artículo 2 y, según el caso, se basan en las definiciones entre las diversas modalidades de sucesión de Estados que figuran en ese instrumento:

a) «Sucesión respecto de una parte de territorio» (art. 15);

b) «Estados de reciente independencia» (art. 2, párr. 1, apdo. *f* y arts. 16 y ss.);

c) «Estados de reciente independencia formados de dos o más territorios» (art. 30);

d) «Unificación de Estados» (arts. 31 a 33), y

e) «Separación de partes de un Estado» (arts. 34 a 37).

⁹ Art. 2, párr. 1, apdo. *b*: «Se entiende por ‘sucesión de Estados’ la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio». Véase también el artículo 1, párr. 1, apdo. *a*, de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, o el artículo 2, apdo. *a*, de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo).

7. Por otra parte, el Relator Especial ha partido del postulado según el cual la sucesión de un Estado en un tratado se ha establecido como cuestión preliminar. Ese es el sentido de la palabra «cuando», que introduce varias de las directrices que se proponen más adelante y que remite a fenómenos considerados establecidos y que no corresponde a la Comisión volver a examinar en el marco de la presente labor. El punto de partida del razonamiento es, por tanto, que el Estado sucesor tiene calidad de Estado contratante o Estado parte en un tratado como consecuencia de una sucesión de Estados y no en virtud de la expresión de su consentimiento a obligarse por el tratado, como se estipula en el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969¹⁰, sin que sea necesario determinar si esta situación se produce en virtud de las normas enunciadas en la Convención de Viena de 1978 o de otras normas de derecho internacional, y de conformidad con ellas.

8. Por último, a semejanza de la Convención de Viena de 1978¹¹, las directrices se refieren únicamente a las reservas que podría formular un Estado predecesor que en la fecha de la sucesión de Estados fuera «parte o Estado contratante» en el tratado del caso. De hecho, en ellas no se analizan las reservas formuladas por un Estado predecesor que en esa fecha sólo hubiera firmado el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, sin que este acto tuviera lugar antes de la fecha de la sucesión de Estados. Por lo demás, estas últimas reservas no se podrían considerar vigentes respecto del Estado sucesor porque en la fecha de la sucesión de Estados no tendrían ningún efecto jurídico a menos que hubieran sido confirmadas formalmente por el Estado en cuestión al momento de expresar su consentimiento a obligarse por el tratado, como se exige en el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969¹².

9. En relación con estas observaciones generales, conviene examinar, sucesivamente:

a) El destino de las reservas a los tratados en los casos de sucesión de Estados;

b) El destino de las aceptaciones de las reservas o de las objeciones a éstas en las mismas circunstancias, y

c) El destino de las declaraciones interpretativas.

¹⁰ «El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.»

¹¹ Véase el artículo 20.

¹² Véanse la directriz 2.2.1 y su comentario en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss.

CAPÍTULO I

Destino de las reservas a los tratados en los casos de sucesión de Estados

10. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 sólo abarca la hipótesis en la que un Estado de reciente independencia pretende establecer su calidad de parte o Estado contratante en un tratado multilateral. Por «Estado de reciente

independencia» debe entenderse, conforme a la definición que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. *f*:

un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor.

Por consiguiente, la reglamentación de las reservas prevista en la Convención de Viena de 1978 abarca únicamente los casos de sucesión en los que un Estado obtiene la independencia a raíz de un proceso de descolonización¹³. Aunque esa disposición, que figura en la parte III de la Convención, relativa a los «Estados de reciente independencia», no trata de las hipótesis de unificación y separación de Estados (que son el tema de la parte IV), hace varias aclaraciones necesarias respecto de la aplicación territorial y del plazo de las reservas de que se trata.

A. Principios generales aplicables

11. El origen del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978¹⁴ se remonta a una propuesta incluida en el tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados del Sr. Waldock¹⁵. En ese documento figuraba un proyecto de artículo 9 (La sucesión respecto de las reservas a los tratados multilaterales), en el que se trataba de determinar la posición del Estado sucesor respecto de las reservas, aceptaciones y objeciones. Tras enunciar ciertos «principios lógicos» y haber observado que la práctica de los depositarios, por lo demás evolutiva, no era enteramente congruente con ellos, el Relator Especial llegó a la conclusión de que era preferible abordar con flexibilidad y pragmatismo el problema de la sucesión con respecto a las reservas¹⁶. En consecuencia, propuso la adopción de las reglas siguientes:

a) La presunción de sucesión en las reservas del Estado predecesor, salvo si éste ha expresado la intención contraria o si, por razón de su objeto y fin, la reserva es apropiada únicamente en relación con el Estado predecesor (art. 9, párr. 1);

b) La posibilidad de que el Estado sucesor formule nuevas reservas, en caso de que: i) se considere que el Estado sucesor ha retirado las reservas diferentes hechas por el Estado predecesor, y ii) las disposiciones del propio tratado y de la Convención de Viena de 1969 sean aplicables a las reservas del Estado sucesor (párr. 2);

c) La aplicación, *mutatis mutandis*, de estas reglas a las objeciones a las reservas (párr. 3, apdo. a), precisándose que «en el caso de un tratado que se rija por el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena, el nuevo Estado no podrá formular objeciones a las reservas que hayan sido aceptadas por todas las partes en el tratado» (párr. 3, apdo. b)¹⁷.

12. Estas propuestas no fueron examinadas hasta 1972 y no suscitaban mayores debates¹⁸. La Comisión respaldó el «criterio pragmático y flexible para tratar las reservas y las objeciones a éstas» propugnado por su Relator Especial.

¹³ Véase el párrafo 4 *supra*, o el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*).

¹⁴ En los análisis siguientes se combinan, en general, los que figuran en el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 148 y 149, párrs. 62 a 71) y el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*) (párrs. 9 a 27).

¹⁵ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 27.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 51 y 54, párrs. 2 y 11 del comentario.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 50.

¹⁸ Véase *Anuario... 1972*, vol. I, sesiones 1166.^a, 1167.^a y 1187.^a, págs. 91, 98 y 221, respectivamente.

Fuera de los cambios de redacción, la Comisión no aportó al proyecto más que una sola modificación realmente sustancial: en el apartado a del párrafo 1 del artículo 15 (que ocupaba el lugar del artículo 9 del proyecto), se precisaba que sólo una reserva «incompatible» con la del Estado predecesor sobre la misma materia (y ya no una reserva «diferente») sustituiría a ésta¹⁹.

13. No obstante, en un nuevo examen de una propuesta formulada por el Reino Unido y Zambia, el Sr. Vallat, nombrado Relator Especial, en su primer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en 1974, volvió si no a la letra, al menos al espíritu de la propuesta del Sr. Waldock, pero calificando esta modificación de menor, renunciando al criterio de «incompatibilidad» y limitándose a prever el no mantenimiento de una reserva del Estado predecesor en los casos que el Estado sucesor formulara una reserva sobre la misma materia²⁰. Por conducto de un nuevo cambio de redacción, la Comisión convino en esa consideración²¹. Sin embargo, tras su examen por el Comité de Redacción, el texto quedó considerablemente recortado²². Ello se debió en particular, a la eliminación del apartado b del párrafo 3 del proyecto de artículo 9²³, respecto del cual se indicó, acertadamente, que trataba del derecho general aplicable a la reserva y no se refería a un problema específico de la sucesión de Estados.

14. Cabe señalar que, en cambio, el Relator Especial no dio curso a otras dos series de propuestas presentadas con cierta insistencia por determinados Estados. Se trataba, por una parte, de las formuladas principalmente por Australia, Bélgica, el Canadá y Polonia, a fin de invertir la presunción (de continuidad) que figuraba en el párrafo 1 y, por otra parte, del deseo expresado por Polonia de que en una disposición se previera expresamente que el Estado sucesor no sucedía automáticamente en las objeciones del Estado predecesor a las reservas formuladas por terceros Estados²⁴. Por su parte, la Comisión tampoco volvió a examinar esas sugerencias²⁵.

15. La disposición mencionada fue objeto de pocos debates en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, celebrada en Viena del 4 de abril al 6 de mayo de 1977 y del 31 de julio al 23 de agosto de 1978. Si bien algunos Estados volvieron a proponer que se invirtiera la presunción del párrafo 1 del proyecto de artículo 19 en aplicación del principio de «tabla rasa»²⁶, la Comisión Plenaria, y posteriormente la

¹⁹ *Ibid.*, vol. II, pág. 283.

²⁰ *Anuario... 1974*, vol. II, (primera parte), pág. 55, párr. 287.

²¹ *Ibid.*, págs. 224 a 230 (art. 19).

²² *Ibid.*, vol. I, 1272.^a sesión, pág. 118, y 1293.^a sesión, pág. 249.

²³ Véase el párrafo 11 *supra*.

²⁴ *Ibid.*, vol. II (primera parte), págs. 54 y 55, párrs. 278 a 286, y 289.

²⁵ *Ibid.*, vol. I, 1272.^a sesión, pág. 123, e *ibid.*, vol. II (primera parte), pág. 228.

²⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 y 31 de julio a 23 de agosto de 1978*, vol. III, Documentos de la Conferencia, A/CONF.80/16/Add.2 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10), págs. 123

propia Conferencia, aprobaron el artículo relativo a las reservas (que pasó a ser el artículo 20) propuesto por la CDI, con muy pequeños cambios de redacción²⁷, y en el texto final del artículo 20 aprobado por la Conferencia se retuvo la presunción del mantenimiento de las reservas.

16. La presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor había sido propuesta por el Sr. O'Connell, Relator de la Asociación de Derecho Internacional sobre la cuestión de la sucesión de los nuevos Estados en materia de los tratados y algunas otras obligaciones de sus predecesores²⁸ un año antes de que la hiciera suya el Sr. Waldock²⁹. La presunción responde a la preocupación de respetar la intención real del Estado sucesor evitando crear una situación irreversible:

si no hubiera presunción a favor del mantenimiento de las reservas, podría quedar irrevocablemente desvirtuada la verdadera intención del Estado sucesor; mientras que si hubiera tal presunción y ésta no correspondiera a la intención del Estado sucesor, este último podría siempre remediarlo retirando las reservas³⁰.

17. Esta solución no es totalmente inatacable, por lo que ha sido objeto de críticas en la doctrina. Por ejemplo, según Imbert, «no hay ninguna razón para pensar que el Estado no estudiará el texto de la Convención con el debido cuidado, de forma de determinar exactamente las reservas que desea mantener, abandonar o formular»³¹. Este autor cuestionaba, en particular, el postulado según el cual las reservas del Estado predecesor habían de ser «forzosamente ventajosas para el Estado de reciente independencia» y agregaba que

no podía presumirse la validez de las reservas que, de hecho, constituyeran derogaciones o limitaciones de los compromisos del Estado. En cambio, era normal partir del principio de que, al no formular una

(Continuación de la nota 26.)

y 124. Véase también la recopilación analítica de las observaciones de los gobiernos relativas al proyecto de artículos definitivos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (A/CONF.80/5, págs. 227 a 230). Por ejemplo, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la República Unida de Tanzania había propuesto una enmienda a fin de eliminar la presunción de mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor y disponer que se considerara que el Estado sucesor retiraba las reservas formuladas por el Estado predecesor a menos que expresara una intención en sentido contrario. Sin embargo, esta enmienda fue rechazada por 26 votos contra 14 y 41 abstenciones (ibíd., *primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.80/16 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.78.V.8), 28.ª sesión, párrs. 37 y 41).

²⁷ Ibíd., *continuación del período de sesiones, Viena, 31 de julio a 23 de agosto de 1978*, vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.80/16/Add.1 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.9), 35.ª sesión, párr. 23.

²⁸ «Punto adicional» n.º 10 propuesto en la Conferencia de Buenos Aires (1968), citado en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 49, párr. 17: «Un Estado sucesor sólo podrá continuar la situación jurídica surgida como consecuencia de la firma o ratificación de su predecesor. Puesto que toda reserva delimita dicha situación jurídica, se desprende de ello que se pasará a ser sucesor en el tratado (en caso de que esto ocurra) con la reserva».

²⁹ Véase el párrafo 11 *supra*.

³⁰ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 54, párr. 12 del comentario al artículo 9; véanse también los elementos de la práctica aducidos en favor de esta solución en ibíd., págs. 51 a 53.

³¹ *Les réserves aux traités multilatéraux*, pág. 309.

declaración oficial de voluntad, el Estado quedaba obligado por la totalidad del tratado³².

18. Sin embargo, en el comentario al proyecto de artículo 19 adoptado finalmente por la Comisión se exponen explicaciones convincentes en favor de la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor:

En primer lugar, la presunción de una intención de mantener las reservas estaba indicada por el concepto mismo de la sucesión en los tratados del predecesor. En segundo lugar, no debe entenderse en general que un Estado ha asumido obligaciones más onerosas, a no ser que haya indicado inequívocamente su intención de asumirlas; y considerar, basándose simplemente en el silencio del Estado de reciente independencia, que ha renunciado a las reservas de su predecesor, equivaldría a imponerle una obligación más onerosa. En tercer lugar, si no hubiera presunción en favor del mantenimiento de las reservas, podría quedar desvirtuada irrevocablemente la intención real del Estado de reciente independencia; mientras que si hay tal presunción, y ésta no corresponde a la intención del Estado de reciente independencia, este último podrá siempre remediar la situación retirando las reservas³³.

19. Esta posición, por lo demás parece, contar con la aprobación de una doctrina mayoritaria favorable a la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor. O'Connell lo explica de la siguiente manera:

Como un Estado que formula una reserva a una convención multilateral se compromete sólo respecto del instrumento con la reserva formulada, su Estado sucesor no puede lógicamente suceder en la convención sin las reservas. Si una reserva fuera inaceptable para él, el procedimiento adecuado sería pedir al depositario que la retire y notifique en consecuencia a todas las partes³⁴.

De la misma forma, Gaja considera que

la opinión de que las reservas del Estado predecesor se mantienen también se basa en el supuesto razonable de que cuando un Estado de reciente independencia opta por convertirse en parte en un tratado mediante una notificación de sucesión, en principio desea que el tratado se siga aplicando a su territorio en la misma manera que antes de la independencia³⁵.

20. En esta presunción cabe ver la implicancia lógica de que la sucesión en un tratado por un Estado de reciente independencia, pese a su carácter voluntario, constituye una genuina sucesión que debe distinguirse de una adhesión. Como se trata de una sucesión, es razonable presumir que el vínculo convencional se transmite al Estado sucesor tal como se había sido modificado en virtud de la reserva formulada por el Estado predecesor.

³² Ibíd., pág. 310. Imbert se suma así a las críticas (nota 26 *supra*) formuladas por la República Unida de Tanzania durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, que se declaró en favor de una «tabla rasa» en lo relativo a las reservas e hizo notar igualmente que las reservas formuladas por el Estado predecesor no respondían por fuerza a los intereses del Estado sucesor (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párr. 79); véase también la 28.ª sesión, párr. 37, e ibíd., A/CONF.80/16/Add.2, párr. 118, c). Otras delegaciones habían expresado asimismo, preferencia por la presunción inversa (véase ibíd., A/CONF.80/16, 28.ª sesión, párr. 13 (Rumania), párr. 18 (India) y párr. 33 (Kenya)).

³³ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 228 y 229, párr. 17 del comentario al artículo 19.

³⁴ O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, pág. 229.

³⁵ Gaja, «Reservations to treaties and the newly independent States», págs. 55. Véase también Ruda, «Reservations to treaties», pág. 206, o Menon, «The newly independent States and succession in respect of treaties», pág. 152.

21. Sin embargo, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978, la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor pierde validez no sólo si el Estado sucesor expresa específicamente una «intención contraria» al notificar su sucesión, sino también si formula una reserva «que concierna a la misma materia» que la reserva formulada por el Estado predecesor. La redacción exacta de la segunda hipótesis fue objeto de debates en la Comisión al momento de elaborarse esa disposición.

22. El Sr. Waldock había propuesto una formulación diferente, en previsión de que se eliminara la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor si el Estado sucesor formulaba «reservas diferentes de las aplicables en la fecha de la sucesión»³⁶. En su proyecto de artículo 15, aprobado en primera lectura en 1972, la Comisión había retenido la solución según la cual la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor quedaba invalidada si el Estado sucesor acababa de formular una nueva reserva «que concierna a la misma materia y sea incompatible con [la reserva formulada por el Estado predecesor]»³⁷.

23. La redacción que retuvo finalmente la Comisión, y que se mantuvo en la Convención de Viena de 1978, fue objeto de críticas en la doctrina, en la medida en que en ella se hacía abstracción del criterio de «incompatibilidad» entre la reserva formulada por el Estado predecesor y la formulada por el Estado sucesor³⁸. Sin embargo, conforme a la propuesta del Sr. Vallat³⁹, la Comisión finalmente renunció a incluir esa exigencia en su proyecto de artículo final por razones de pragmatismo, como lo explica en el comentario sobre el artículo correspondiente, aprobado en segunda lectura en 1974:

sería difícil aplicar la prueba de incompatibilidad prevista en el párrafo y [...] si el Estado de reciente independencia formulase una reserva respecto de la misma materia objeto de la reserva formulada por el Estado predecesor, cabría suponer razonablemente que tenía la intención de retirar esa reserva⁴⁰.

24. Fuera de que el Estado sucesor de reciente independencia, expresa o tácitamente, puede mantener las reservas formuladas por el Estado predecesor, en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 se le reconoce también el derecho de formular reservas en su notificación de sucesión. Este derecho está subordinado sólo a las condiciones generales enunciadas en las disposiciones de los apartados *a*, *b* y *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. En el párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 se dispone, entre otras cosas, que las reglas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena de 1969 son aplicables a las reservas formuladas por un Estado de reciente independencia en su notificación de sucesión.

25. En su comentario sobre el proyecto de artículo 19, la Comisión había puesto de relieve que la existencia de ese

derecho parecía haber sido confirmado por la práctica⁴¹. En apoyo de esa solución, el Sr. Waldock, en su tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados, se había basado más que nada en la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas, quien en varias oportunidades había reconocido tal derecho a los Estados de reciente independencia sin que ello fuera impugnado por los Estados⁴². El segundo Relator Especial, Sr. Vallat, basándose en consideraciones «prácticas», también había sido partidario de que se reconociera el derecho de un Estado de reciente independencia a formular sus propias reservas en su notificación de sucesión⁴³.

26. En el seno de la Comisión prevaleció la opinión de los dos Relatores Especiales. Como se indica en el comentario sobre el proyecto de artículo 19 adoptado finalmente, la Comisión debió optar entre dos soluciones:

a) negarse a considerar como verdadero instrumento de sucesión toda notificación de sucesión acompañada de nuevas reservas y tratarla jurídicamente como un caso de adhesión; o *b)* aceptar que tiene carácter de sucesión, pero al mismo tiempo aplicarle las normas de derecho que regulan las reservas como si fuesen una manifestación enteramente nueva del consentimiento en obligarse por el tratado.

Inspirada por la práctica seguida por el Secretario General y animada de un espíritu de «flexibilidad», la Comisión optó por la segunda solución, subrayando a la vez que ésta permitía facilitar el acceso de un Estado de reciente independencia a un tratado en los casos en que «por razones técnicas, el tratado no esté abierto a su participación por un procedimiento que no sea el de la sucesión»⁴⁴.

27. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Austria se opuso a esa solución —de hecho, poco compatible, en el plano de la lógica jurídica pura, con el párrafo precedente— y en consecuencia propuso que se eliminaran los párrafos 2 y 3 de la disposición que pasaría a ser el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978⁴⁵. Austria señaló que reconocer a un Estado de reciente independencia el derecho de formular nuevas reservas en su notificación de sucesión parecía obedecer a un concepto erróneo de sucesión⁴⁶ y que si un Estado de reciente independencia desea formular reservas debe «utilizar el procedimiento de ratificación o de adhesión previsto para hacerse parte en un tratado multilateral»⁴⁷. Sin embargo, la enmienda de Austria fue rechazada por 39 votos contra 4 y 36 abstenciones⁴⁸.

28. Los Estados que en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados se habían opuesto a la enmienda de Austria habían aducido distintos argumentos, entre ellos el deseo de evitar que el Estado de reciente independencia «no esté

⁴¹ *Ibíd.*, págs. 226 y ss., párrs. 7 a 12.

⁴² *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 52 y ss.

⁴³ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, párrs. 291 a 294.

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 229, párr. 20 del comentario al proyecto de artículo 19.

⁴⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párrs. 59 a 64.

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 60.

⁴⁷ *Ibíd.*, véase también 28.ª sesión, párr. 30.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 40.

³⁶ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 50, art. 9, párr. 1, apdo. *a*.

³⁷ *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 283, art. 15, párr. 1, apdo. *a*.

³⁸ Véase Gaja, *loc. cit.*, págs. 59 y 60.

³⁹ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 54 y 55.

⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 229, párr. 18 del comentario al artículo 19.

obligado a observar procedimientos de ratificación más complicados que los previstos por la Comisión de Derecho Internacional»⁴⁹, la supuesta incompatibilidad de la enmienda austríaca con el principio de libre determinación⁵⁰ o con el principio de la «tabla rasa»⁵¹, la necesidad de ser más «realista» que «purista»⁵², o incluso el hecho de que la sucesión de Estados no era «jurídicamente ni una herencia ni una transmisión de derechos y obligaciones»⁵³. Parte de la doctrina se ha hecho eco de estas críticas⁵⁴, en tanto que otros especialistas consideran que

[e]l derecho de formular reservas no es en absoluto un derecho transmisible mediante la devolución inherente a la sucesión, sino una prerrogativa que forma parte del conjunto de facultades supremas que componen la competencia real del Estado soberano. [...] [E]l reconocimiento de esta facultad [a los Estados de reciente independencia] constituye una solución «pragmática» que tiene en cuenta el carácter «no automático», es decir voluntario, de la sucesión en los tratados por los Estados de reciente independencia⁵⁵.

29. A fin de cuentas, los principios establecidos en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 son poco apremiantes y, a la vez, suficientemente flexibles para responder a una práctica muy variada, como lo demuestra la que se ha seguido en el marco de la sucesión en los tratados depositados en poder del Secretario General:

a) En varios casos, un Estado de reciente independencia depositó una notificación de sucesión respecto de un tratado en particular sin hacer mención alguna de la cuestión de las reservas. En esos casos, el Secretario General incluyó al Estado de reciente independencia en la lista de Estados partes en el tratado en cuestión, sin pronunciarse sobre el destino de las reservas formuladas por el Estado predecesor⁵⁶;

b) Algunos Estados de reciente independencia mantuvieron expresamente las reservas formuladas por el Estado predecesor⁵⁷;

c) En otros casos, el Estado de reciente independencia formuló nuevamente, en lo fundamental, las mismas reservas hechas por el Estado predecesor⁵⁸;

d) Hubo casos en que el Estado de reciente independencia mantuvo las reservas formuladas por el Estado predecesor añadiendo nuevas reservas⁵⁹;

e) Hubo asimismo casos en que el Estado de reciente independencia «reformuló» las reservas hechas por el Estado predecesor⁶⁰;

f) En algunos casos, por último, el Estado de reciente independencia retiró las reservas del Estado predecesor al mismo tiempo que formuló nuevas reservas⁶¹.

Todas estas hipótesis son aceptables si se cotejan con la redacción del artículo 20, una de cuyas grandes virtudes es, sin duda, la flexibilidad.

30. Por consiguiente, no obstante el carácter poco cartesiano del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978, cuyas normas se basan en consideraciones de principio difícilmente compatibles entre sí (o, en todo caso, distintas entre sí): sucesión y/pero soberanía, e independientemente de las críticas de detalle que puedan hacerse a la redacción de esta disposición, no hay ninguna razón decisiva que se oponga a que se incluya, como directriz, en la Guía de la práctica. Ya en 1995, tras examinar el primer informe sobre las reservas, la Comisión decidió que no había necesidad de modificar las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986⁶². De la misma forma, la práctica invariable de la Comisión ha consistido en remitirse sistemáticamente, en la medida de lo posible, al texto de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las razones para seguir esta práctica se han explicado abundantemente en el comentario a la directriz 1.1 (Definición de las reservas)⁶³. No hay razón alguna para no extenderla a la disposición pertinente —única en su género, si se descarta la definición de las reservas— de la Convención de Viena de 1978, con la que comienza la quinta parte de la Guía de la práctica. Por consiguiente, sin duda la Comisión deseará incluir como directriz 5.1 el texto del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978.

31. Aunque el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no sea aplicable más que a las reservas formuladas respecto de tratados entre Estados, la directriz 5.1 también abarcará, como las demás directrices que componen la Guía de la práctica, las reservas a los tratados entre Estados y organizaciones internacionales. También serán necesarias otras adaptaciones⁶⁴.

⁴⁹ *Ibid.*, 27.ª sesión, párr. 71 (Países Bajos).

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 73 *in fine* (Argelia) y párr. 89 (Guyana).

⁵¹ *Ibid.*, párr. 85 (Madagascar).

⁵² *Ibid.*, párr. 77 (Polonia).

⁵³ *Ibid.*, 28.ª sesión, párr. 7 (Israel). Según Israel, «un Estado de reciente independencia [...] tiene sencillamente el derecho de opción a hacer constar su calidad de parte diferente en el tratado en virtud del nexo jurídico establecido por su predecesor. Su derecho consiste en notificar su propio consentimiento a ser considerado como una parte diferente en el tratado, y éste no es el derecho a ‘ocupar el lugar’ del Estado predecesor. El artículo 19 significa que ‘se entenderá’ que un Estado de reciente independencia mantiene su sucesión al tratado. Es decir, la notificación de la sucesión es un acto independiente y el Estado sucesor lo realiza por su propia voluntad».

⁵⁴ Véase Zemanek, «State succession after decolonization», págs. 234 y 235; Gonçalves Pereira, *La succession d'États en matière de traités*, págs. 175 y 176, nota 50; y Bokor-Szegö, *New States and International Law*, pág. 100, citados por Gaja, *loc. cit.*, pág. 61, nota 39.

⁵⁵ Marcoff, *Accession a l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, pág. 346.

⁵⁶ Véase por ejemplo, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – Etat au 1^{er} avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, cap. IV.2: las Islas Salomón sucedieron al Estado predecesor (el Reino Unido) en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial sin hacer ninguna mención de las reservas de ese Estado predecesor, y esas reservas no se reproducen en lo que respecta a las Islas Salomón. La misma observación puede hacerse en lo que respecta a la sucesión en la Convención sobre el estatuto de los refugiados por parte del Senegal y Túnez (*ibid.*, cap. V.2).

⁵⁷ Chipre, Gambia y Tuvalu (Convención sobre el estatuto de los refugiados, *ibid.*, cap. V.2).

⁵⁸ Fiji o Jamaica (*ibid.*).

⁵⁹ Botswana y Lesotho (Convención sobre el estatuto de los apátridas, *ibid.*, cap. V.3).

⁶⁰ Fiji (*ibid.*).

⁶¹ Zambia (*ibid.*), Zimbabwe (*ibid.*, cap. V.2).

⁶² *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487, apdo. d.

⁶³ *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párrs. 1 (que se refiere expresamente a la Convención de Viena de 1978) y 2 del comentario.

⁶⁴ En cuanto al fondo, pueden oponerse también objeciones a la expresión que figura en el párrafo 1 del artículo 20: «mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuera aplicable* en la fecha de la

32. Como se indicó en el primer informe sobre las reservas⁶⁵, esta disposición sólo se refiere al destino de las reservas, en caso de notificación de sucesión por un Estado de reciente independencia, es decir, únicamente dentro de la hipótesis de la descolonización. Por tanto, conviene, por una parte, mencionar estas limitaciones en el título de la directriz, y, por la otra, determinar si es oportuno en otras directrices hacer extensiva esta solución a otras modalidades de sucesión de Estados.

33. Por otra parte, en sus párrafos 1 y 2, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978⁶⁶, remite expresamente a los artículos 17 y 18 de la propia Convención, y en sus párrafos 2 y 3, al conjunto de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a las reservas⁶⁷. Habida cuenta de que en la Guía de la práctica se reproduce el texto de los artículos relativos a las reservas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, el segundo problema podría resolverse fácilmente con la mera sustitución de las directrices correspondientes a los artículos 19 a 23. Ello parece practicable cuando se trata del párrafo 2, que remite únicamente al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y cuyo texto se reproduce por completo en la directriz 3.1 de la Guía de la práctica. En cambio, no resulta práctico en la remisión que se hace en el párrafo 3 del artículo 20 a los artículos 20 a 23 de la misma Convención: aunque se incluyan en la Guía (muchas veces con modificaciones de forma para adaptarlos al nivel y carácter de ésta), están desperdigados⁶⁸ y sería muy poco práctico enumerarlos en el texto de la directriz 5.1. Parecería bastar con remitirse de manera general a los reglamentos pertinentes que figuran en la segunda parte (procedimientos) de la Guía de la práctica, a menos que en el comentario se precisen las directrices de que se trata.

34. A primera vista, la cuestión de remitirse a los artículos 17 y 18 de la Convención de Viena de 1978 plantea más dificultades: evidentemente, estas largas y detalladas

sucesión de Estados *respecto del territorio** al que se refiere la sucesión de Estados» y considerar que una reserva no es «aplicable» sino que «está establecida» respecto de un territorio dado. En la práctica, una reserva no es aplicable ni tiene los efectos previstos más que en las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y la parte respecto de la cual se ha establecido. Sin embargo, fiel a su posición invariable y a la práctica sistemática de la Comisión, el Relator Especial considera que no conviene «retocar» el texto de una Convención de Viena.

⁶⁵ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 159, párr. 133; véase también la nota 4 *supra*.

⁶⁶ Véase el párrafo 4 *supra*.

⁶⁷ Arts. 19 a 23.

⁶⁸ Las correspondencias son las siguientes:

Artículo 20 de la Convención de Viena de 1969: párrafo 1: directrices 2.8.0 y 2.8.1 (con algunos cambios de redacción); párrafo 2: directriz 2.8.2 (ídem); párrafo 3: directriz 2.8.7 (ídem); párrafo 4, apdo. *a*: la Comisión aún no ha adoptado la directriz correspondiente; párrafo 4, apdo. *b*: directriz: 2.6.8 (con algunos cambios de redacción); párrafo 5: directriz 2.8.1 (con algunos cambios de redacción).

Artículo 21: la Comisión aún no ha adoptado la directriz correspondiente.

Artículo 22: párrafo 1: directriz 2.5.1 (ídem); párrafo 2: directriz 2.7.1 (ídem); párrafo 3, apdo. *a*: directrices 2.5.8 y 2.5.9 (con algunos cambios de redacción); párrafo 3, apdo. *b*: directriz 2.7.5 (ídem).

Artículo 23: párrafo 1: directrices 2.1.1, 2.6.7 y 2.8.4 (con algunos cambios de redacción); párrafo 2: directriz 2.2.1 (ídem); párrafo 3: directriz 2.8.6 (con algunos cambios de redacción); párrafo 4: directrices 2.5.2 y 2.5.7 (con algunos cambios de redacción).

disposiciones⁶⁹ no tienen ninguna correspondencia en la Guía de la práctica; sin embargo como se precisó más arriba⁷⁰, el principio de base —el *modus operandi*— del presente informe es postular que las normas pertinentes de la Convención de Viena de 1978 son aplicables; por ende, no parece útil referirse a las disposiciones precisas de ésta (ni reproducirlas) en la directriz 5.1.

35. Habida cuenta de las observaciones formuladas, la directriz podría redactarse de la siguiente manera:

5.1 Casos de Estados de reciente independencia

1. Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de Parte o Estado contratante en un tratado multilateral, se entenderá que mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuere aplicable en la fecha de sucesión de Estados respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión,

⁶⁹ Estas disposiciones estipulan lo siguiente:

«Artículo 17. *Participación en tratados en vigor en la fecha de la sucesión de Estados*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, un Estado de reciente independencia podrá, mediante una notificación de sucesión, hacer constar su calidad de parte en cualquier tratado multilateral que en la fecha de la sucesión de Estados estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados.

2. El párrafo 1 no se aplicará si se desprende del tratado o consta de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado de reciente independencia sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución.

3. Cuando en virtud de las estipulaciones del tratado o por razón del número reducido de Estados negociadores y del objeto y el fin del tratado deba entenderse que la participación de cualquier otro Estado en el tratado requiere el consentimiento de todas las partes, el Estado de reciente independencia podrá hacer constar su calidad de parte en el tratado sólo con tal consentimiento.

Artículo 18. Participación en tratados que no estén en vigor en la fecha de la sucesión de Estados

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, un Estado de reciente independencia podrá, mediante una notificación de sucesión, hacer constar su calidad de Estado contratante en un tratado multilateral que no esté en vigor si, en la fecha de la sucesión de Estados, el Estado predecesor era un Estado contratante respecto del territorio al que se refiera tal sucesión de Estados.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, un Estado de reciente independencia podrá, mediante una notificación de sucesión, hacer constar su calidad de parte en un tratado multilateral que entre en vigor con posterioridad a la fecha de la sucesión de Estados si, en la fecha de la sucesión de Estados, el Estado predecesor era un Estado contratante respecto del territorio al que se refiera esa sucesión de Estados.

3. Los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si se desprende del tratado o consta de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado de reciente independencia sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución.

4. Cuando en virtud de las estipulaciones del tratado o por razón del número reducido de Estados negociadores y del objeto y el fin del tratado deba entenderse que la participación de cualquier otro Estado en el tratado requiere el consentimiento de todas las partes o de todos los Estados contratantes, el Estado de reciente independencia podrá hacer constar su calidad de parte o de Estado contratante en el tratado sólo con tal consentimiento.

5. Cuando un tratado disponga que para su entrada en vigor se requerirá un número determinado de Estados contratantes, un Estado de reciente independencia que haga constar su calidad de Estado contratante en el tratado en virtud del párrafo 1 se contará como Estado contratante para los efectos de tal disposición, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.»

⁷⁰ Párr. 7 *supra*.

expresé la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que aquella reserva.

2. Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de Parte o de Estado contratante en un tratado multilateral, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que ésta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados *a*, *b* o *c* de la directriz 3.1 de la Guía de la práctica.

3. Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las normas pertinentes enunciadas en la segunda parte de la Guía de la práctica (Procedimientos).

36. Como las normas previstas en esta directriz se refieren únicamente a los Estados de reciente independencia, definidos en el apartado *f* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1978⁷¹, se plantea la cuestión de determinar si se pueden aplicar en su estado actual a otras formas de sucesión de Estados o si es necesario adaptarlas.

37. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados se había sugerido que, para otros casos de sucesión, se incluyera una disposición que reglamentara la cuestión de las reservas. La India, por ejemplo, observó la existencia de una laguna a ese respecto en la Convención y, por ende, la necesidad de añadir un artículo sobre las reservas en la parte de la Convención relativa a la unificación y la separación de Estados⁷². Por su parte, la República Federal de Alemania propuso un nuevo artículo 36 *bis*⁷³, que tenía en particular el objeto de transponer la reglamentación de las reservas prevista para los Estados de reciente independencia a los casos de sucesión previstos en la parte IV de la Convención:

1. Cuando, en virtud de los artículos 30, 31, 33 y 35, un tratado siga en vigor para un Estado sucesor o un Estado sucesor participante de otro modo en un tratado que no estuviere aún en vigor para el Estado predecesor, se entenderá que el Estado sucesor mantiene:

a) toda reserva relativa a ese tratado hecha por el Estado predecesor respecto del territorio a que se refiera la sucesión de Estados;

[...]

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado sucesor podrá:

a) retirar o modificar, total o en parte, la reserva (apartado *a* del párrafo 1), o formular una nueva reserva, con arreglo a las condiciones establecidas en el tratado o a las normas enunciadas en los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁷⁴.

Según la República Federal de Alemania, de hecho, la situación con respecto a la sucesión, a diferencia de lo

que ocurre con la adhesión, es idéntica para los Estados a los que se refieren las partes III [Estados de reciente independencia] y IV [Unificación y separación de Estados] del proyecto⁷⁵.

38. Sin embargo la República Federal de Alemania retiró su enmienda a raíz de las objeciones que había generado en varias delegaciones⁷⁶. Estas consideraban, en efecto, que reconocer al Estado sucesor el derecho de formular nuevas reservas era incompatible con el principio de la continuidad *ipso jure* de los tratados, enunciado por la Convención con respecto a los casos de unificación o separación de Estados⁷⁷. En cambio, diversas delegaciones apoyaron la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor por considerar que era natural en los casos de unificación o de separación de Estados, a la luz del mismo principio de continuidad retenido por la Convención respecto de las hipótesis de sucesión⁷⁸.

39. No obstante, conviene distinguir la presunción del mantenimiento de las reservas (cuyo principio, en lo que respecta a los Estados de reciente independencia, se establece en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978), por una parte, de la cuestión de saber si, en caso de unificación o de separación de Estados, la facultad que se ofrece de formular nuevas reservas en el párrafo 2 a los Estados de reciente independencia puede hacerse extensiva a esa otra hipótesis.

40. A decir verdad, en lo que se refiere por lo menos al principio, la extensión de la presunción de continuidad, prevista expresamente en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 para los Estados de reciente independencia en el contexto de una notificación de sucesión y reproducida en la directriz 5.1 *supra*, no plantea duda alguna. Incluso resulta justificada respecto de los Estados sucesores que no sean Estados de reciente independencia. De hecho, según la parte IV de la Convención de Viena de 1978, el principio de continuidad es aplicable a los tratados en vigor para el Estado predecesor en la fecha de una unificación o una separación de Estados⁷⁹. La práctica parece confirmar esta solución, a veces de manera ambigua, si bien el caso no se plantea con frecuencia.

41. El Secretario General de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus funciones de depositario, por lo general evita asumir una posición sobre el destino de las reservas formuladas por el Estado predecesor, pero determinados

⁷⁵ Véase la nota 73 *supra*.

⁷⁶ Véase la nota 74 *supra*.

⁷⁷ *Ibid.*, nota 27 *supra*, A/CONF.80/16/Add.1, 43.ª sesión, párr. 14 (Polonia); párr. 15 (Estados Unidos); párr. 18 (Nigeria); párr. 19 (Malí); párr. 20 (Chipre); párr. 21 (Yugoslavia); párr. 22 (Australia); y párr. 24 (Swazilandia, que manifestó una posición más matizada).

⁷⁸ Véanse, a este respecto, las intervenciones de Polonia, 43.ª sesión (párr. 13), Francia (párr. 16), Chipre (párr. 20), Yugoslavia (párr. 21) y Australia (párr. 22).

⁷⁹ Véanse los artículos 31 y 34 de la Convención, de los que se desprende que, salvo excepciones referidas al acuerdo expreso o tácito de las partes, todo tratado en vigor respecto de cualquiera de los Estados que se unan para formar un Estado sucesor o del territorio de un Estado que se separa de un Estado existente antes de la sucesión de Estados continúa en vigor respecto del Estado o los Estados sucesores.

⁷¹ El texto de la definición figura en el párrafo 10 *supra*.

⁷² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 28.ª sesión, párr. 17.

⁷³ *Ibid.*, nota 27 *supra*, A/CONF.80/16/Add.1, 43.ª sesión, párr. 11.

⁷⁴ *Ibid.*, nota 26 *supra*, A/CONF.80/16/Add.2, donde se reproduce A/CONF.80/30, párr. 119.

elementos de la práctica de otros depositarios tienden claramente a favorecer la extensión de la presunción enunciada en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 respecto de las hipótesis de sucesión de Estados que no resultan de la descolonización. En la práctica, en los casos de separación de Estados, en particular los Estados surgidos de la ex Yugoslavia y Checoslovaquia⁸⁰, se han mantenido las reservas del Estado predecesor. A este respecto, conviene mencionar las declaraciones de índole general formuladas por la República Checa⁸¹, Eslovaquia⁸², la República Federativa de Yugoslavia⁸³, posteriormente por Montenegro⁸⁴, en que estos Estados sucesores mantenían las reservas del Estado predecesor⁸⁵. En otros casos, las reservas del Estado predecesor

⁸⁰ La práctica pertinente respecto de los Estados sucesores de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas parece ser prácticamente inexistente.

⁸¹ *Traité multilatéraux...* (nota 56 *supra*), cap. V.3. En una carta de 16 de febrero de 1993, dirigida al Secretario General y acompañada por una lista de tratados multilaterales depositados ante éste, la República Checa declaró, entre otras cosas: «De conformidad con los principios en vigor del derecho internacional y sus estipulaciones, la República Checa, como sucesor de la República Federativa Checa y Eslovaca, se considera vinculada, a partir del 1.º de enero de 1993, fecha de disolución de la República Federativa Checa y Eslovaca, por los tratados internacionales multilaterales en que era parte la República Federativa Checa y Eslovaca en esta fecha, incluidas las reservas y declaraciones conexas emitidas anteriormente por esta última. El Gobierno de la República Checa ha examinado los tratados multilaterales enumerados en la lista adjunta. La República Checa se considera vinculada por esos tratados, así como por todas las reservas y declaraciones en ellas hechas, en virtud de la sucesión que tuvo lugar el 1.º de enero de 1993. La República Checa, de conformidad con principios de derecho internacional bien establecidos, reconoce la firma de la República Checa y Eslovaca respecto de todos los tratados, como si los hubiera firmado ella misma».

⁸² *Ibid.* Eslovaquia, en una carta de 19 de mayo de 1993, dirigida al Secretario General y acompañada de una lista de tratados multilaterales depositados ante éste, declaró que «[d]e conformidad con los principios y normas pertinentes del derecho internacional y en la medida definida por éste, la República Eslovaca, como Estado sucesor surgido de la disolución de la República Federativa Checa y Eslovaca, se considera vinculada, a partir del 1.º de enero de 1993, fecha en la que asumió la responsabilidad de sus relaciones internacionales, por los tratados multilaterales en lo que era parte la República Federativa Checa y Eslovaca al 31 de diciembre de 1992, incluidas las reservas y declaraciones formuladas precedentemente por Checoslovaquia así como las objeciones emitidas por Checoslovaquia a las reservas formuladas por otros Estados partes».

⁸³ *Ibid.* La notificación de 8 de marzo de 2001 dirigida al Secretario General por la República Federativa de Yugoslavia indicaba que «el Gobierno de la República Federal de Yugoslavia mantendrá las firmas, reservas y declaraciones hechas por la República Socialista Federativa de Yugoslavia en los tratados que figuran en el anexo 1 adjunto, hasta que la República Federativa de Yugoslavia haya asumido la responsabilidad de sus relaciones internacionales».

⁸⁴ *Ibid.* El 23 de octubre de 2006, el Secretario General recibió una carta del Gobierno de Montenegro, de 10 de octubre de 2006, acompañada de una lista de tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General, en que se le informaba que «el Gobierno de la República de Montenegro mantendrá las reservas, declaraciones y objeciones formuladas por Serbia y Montenegro antes de que la República de Montenegro asumiera la responsabilidad de sus relaciones internacionales, indicadas en el anexo de ese documento».

⁸⁵ Véase también el caso de otros sucesores de la ex Yugoslavia (excepto la República Federativa de Yugoslavia) que figuran en la lista de Estados sucesores de diversos tratados depositados en poder del Secretario General, con indicación, en las notas, de las reservas que había formulado la ex Yugoslavia (véanse, por ejemplo, Bosnia y Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia y Serbia) respecto de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, *ibid.*, cap. III.1, nota 4; del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, *ibid.*, cap. V.5, nota 7, o de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, *ibid.*, cap. V.3, nota 4.

fueron confirmadas⁸⁶ o reformuladas⁸⁷ expresamente por el Estado sucesor respecto de un tratado determinado. En el caso de la República del Yemen (unificada), también el Estado sucesor ha retenido las reservas. En una carta de 19 de mayo de 1990, dirigida al Secretario General, los Ministros de Relaciones Exteriores de la República Árabe del Yemen y la República Democrática Popular del Yemen precisaron lo siguiente:

En lo que respecta a los tratados concertados por la República Árabe del Yemen o la República Democrática Popular del Yemen, con anterioridad a su unión, la República del Yemen (unificada) deberá ser considerada como parte en esos tratados en la fecha en que uno de esos Estados se convirtió en primer lugar en parte en dichos tratados. En consecuencia, los cuadros que muestran el estado de los tratados en adelante indicarán, bajo el nombre de «Yemen», la fecha de las formalidades (firmas, ratificaciones, adhesiones, declaraciones y reservas, etc.) efectuadas por el Estado que se convirtió en parte en primer lugar, y en su caso, las efectuadas por el Estado que se convirtió en parte en segundo lugar, descritas en este caso en una nota⁸⁸.

42. La práctica en materia de tratados depositados en poder de depositarios distintos del Secretario General no ofrece mayores indicaciones sobre la cuestión de las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. Sin embargo, los pocos elementos disponibles no parecen contradecir la experiencia que puede obtenerse de la práctica relativa a los tratados respecto de los cuales ejerce las funciones de depositario el Secretario General; muy por el contrario, esa escasa práctica parece confirmar la presunción general del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor.

43. Por ejemplo, la República Checa y Eslovaquia han transmitido a diversos depositarios notificaciones de sucesión del mismo tenor que las enviadas al Secretario General y en las que se preveía el mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor⁸⁹. Esta práctica no ha dado lugar a ninguna impugnación por parte de los depositarios de que se trata ni de los Estados partes en los tratados en cuestión.

44. Análogamente, cabe mencionar la respuesta de la UPU al cuestionario sobre el tema de las reservas a los tratados dirigido a las organizaciones internacionales, preparado por el Relator Especial⁹⁰. En ella, esa organización hacía referencia a su práctica, conforme a la cual las reservas válidas aplicables a un Estado miembro se transferían automáticamente al Estado sucesor, solución válida también para los Estados que hubieran obtenido la independencia al separarse de un Estado miembro.

45. El Consejo de Europa aplicó la misma presunción respecto de Montenegro. En una carta de 28 de junio de 2006 dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Montenegro, el Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa se basó en el artículo 20 de la

⁸⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, reserva formulada por la República Federativa de Yugoslavia (Montenegro), *ibid.*, cap. IV.

⁸⁷ Eslovenia, Convención sobre los Derechos del Niño, *ibid.*, cap. IV.11.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Véase Mikulka, «The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», págs. 111 y 112.

⁹⁰ Cuestionario preparado de conformidad con la decisión de la Comisión mencionada en *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 489. Para el texto del cuestionario, véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 111.

Convención de Viena de 1978 y estimó que «se considera que la República de Montenegro mantiene las reservas y declaraciones, puesto que su notificación de sucesión no expresa una intención contraria a ese respecto»⁹¹. Esta carta incluía asimismo una lista de reservas y declaraciones cuyo texto se había modificado en algunas partes, a fin de suprimir la referencia a la República de Serbia. En una carta de 13 de octubre de 2006, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Montenegro comunicó su acuerdo con el texto de las reservas y declaraciones en cuestión, tras haber sido adaptadas por el depositario.

46. La práctica seguida por Suiza en su calidad de depositario de un número determinado de tratados multilaterales no parece tampoco estar en contradicción fundamental con la del Secretario General de las Naciones Unidas. Es cierto que cuando el Estado sucesor no se había pronunciado sobre el destino de las reservas, Suiza había aplicado inicialmente la presunción de que no mantenía esas reservas. En la actualidad, en cambio, Suiza no se basa en ninguna presunción, y su práctica consiste en invitar al Estado sucesor a comunicarle sus intenciones sobre el mantenimiento o no de la reserva formulada por el Estado predecesor⁹².

47. El principio de la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor —presunción que, por último, puede quedar invalidada por la mera manifestación de la voluntad en sentido contrario por el Estado sucesor— parece ser de sentido común y estar suficientemente establecido en la práctica para que se consagre en el párrafo 1 de la directriz 5.2 que se propone más adelante. Si bien es de alcance general, la presunción del mantenimiento de las reservas enunciada en esa disposición es objeto, en ciertos casos de unificación de dos o más Estados, de las excepciones enumeradas en la directriz 5.3 a que se hace referencia en el párrafo 1 de la directriz 5.2.

48. Como ya lo había demostrado la oposición manifestada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados a la enmienda propuesta por la República Federal de Alemania⁹³, existen serias dudas en cuanto al derecho de formular reservas de un Estado sucesor que no sea de reciente independencia. Esas dudas se ven confirmadas en una parte de la opinión separada presentada por el magistrado Tomka en el fallo de la CIJ de 26 de febrero de 2007 en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro):

Es indudable que esta decisión de notificar la adhesión a la Convención sobre genocidio, con una reserva al artículo IX, y *no la*

⁹¹ JJ55/2006, PJD/EC.

⁹² Carta dirigida por la Dirección de Derecho Internacional Público a un particular el 3 de mayo de 1996, en que se describe la práctica de Suiza, Estado depositario de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados; reproducida en Caffisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1996», págs. 683 a 685, esp. pág. 684. Este enfoque fue confirmado por la Dirección de Derecho Internacional Público del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores en un dictamen de fecha 6 de febrero de 2007 titulado «Pratique de la Suisse en tant qu'État dépositaire. Réserves aux traités dans le contexte de la succession d'États», págs. 328 a 330.

⁹³ Véanse los párrafos 37 y 38 *supra*.

*sucesión (cuando no está permitida una reserva)** estaba motivada por las consideraciones relacionadas con el presente caso. Se tenía el propósito de evitar una reivindicación de que Serbia y Montenegro tenían obligaciones en virtud de la Convención sobre genocidio antes de junio de 2001 (en particular obligaciones sustantivas en el período 1992-1995 pertinentes a las reclamaciones de Bosnia y Herzegovina). Esta decisión también tenía el propósito de evitar la jurisdicción de la Corte en virtud del artículo IX, no solamente para ese período, sino también para el futuro antes de que la reserva se retirara con el tiempo. Bosnia y Herzegovina objetaron oportunamente la notificación de adhesión de la República Federativa de Yugoslavia a la Convención sobre genocidio con una reserva al artículo IX.

*Esa sola notificación de adhesión, a mi juicio, era totalmente incompatible con la sucesión de la República Federativa de Yugoslavia** —notificada al Secretario General de las Naciones Unidas el mismo día que la adhesión a la Convención sobre genocidio— en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados* que, en el artículo 34, establece que los tratados del Estado predecesor seguirán en vigor respecto de cada Estado sucesor. Por la ulterior notificación de la sucesión, la República Federativa de Yugoslavia se convirtió en Estado contratante de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados en abril de 1992. Esa Convención entró en vigor el 6 de noviembre de 1996. Aunque no era oficialmente aplicable al proceso de disolución de la ex Yugoslavia, que se produjo en el período de 1991-1992, a la luz del hecho de que la ex Yugoslavia consintió en quedar obligada por la Convención de Viena ya en 1980, y la República Federativa de Yugoslavia ha sido un Estado contratante en esa Convención desde abril de 1992, *no se podría prever que, por analogía con el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, un Estado que, a través de la notificación de su adhesión, expresa su consentimiento en considerarse obligado por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, actúe en un caso concreto de forma incompatible con la norma contenida en el artículo 34 de esa Convención, al mismo tiempo que en un gran número de otros casos actúa de plena conformidad con esa norma**. Estas consideraciones, en conjunto, me llevan a concluir que la Corte no reconoce ningún efecto jurídico a la notificación de la adhesión de la República Federativa de Yugoslavia a la Convención sobre genocidio, y en cambio consideraría que queda obligada por esa Convención por obra de la norma consuetudinaria de la sucesión *ipso jure* codificada en el artículo 34, tal como se aplica a los casos de disolución de un Estado⁹⁴.

49. De hecho, a partir del momento en que se admite que, en caso de unificación o separación de Estados, la sucesión se produce *ipso jure*, resulta difícil aceptar que un Estado sucesor pueda sustraerse a sus obligaciones, o aligerarlas, formulando reservas⁹⁵.

50. Además de los argumentos aducidos en contra de esta posibilidad durante la elaboración de la Convención de Viena de 1978, conviene mencionar a este respecto la posición adoptada por el Consejo de Europa en la carta

⁹⁴ C.I.J. Recueil 2007, págs. 330 y 331, párr. 35.

⁹⁵ Véase, no obstante, Gaja, *loc. cit.*, págs. 64 y 65. Al tiempo que se refiere específicamente a los Estados de reciente independencia, el autor formula observaciones que, a su juicio, podrían extenderse a otros casos de sucesión. Su razonamiento es el siguiente: aun cuando se considerara, *quod non*, que el Estado de reciente independencia no está autorizado a formular una reserva al notificar la sucesión, se debería admitir con todo que ese Estado podría obtener prácticamente el mismo resultado a través de un retiro parcial del tratado (si el retiro está permitido), ya que el retiro funciona de la misma manera que una reserva. Ahora bien, según el autor, estas consideraciones son válidas igualmente en los casos en que la sucesión no se considera supeditada a la aceptación del tratado por el Estado sucesor. En cuanto a los resultados, este razonamiento es muy probablemente acertado; sin embargo, no tiene debidamente en cuenta el hecho de que un retiro (aun parcial) del tratado y una reserva son dos elementos diferentes que proceden de regímenes jurídicos distintos y cuyas condiciones no son forzosamente las mismas. Un retiro parcial no está encuadrado en la Guía de la práctica (véase la directriz 1.4 sobre declaraciones unilaterales distintas de las reservas y las declaraciones interpretativas, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 99).

que dirigió a Montenegro el 28 de junio de 2006⁹⁶ y según la cual ese Estado, en esa etapa, no tenía el derecho de formular nuevas reservas a los tratados ya ratificados respecto de los cuales ya había notificado su sucesión⁹⁷. Esta posición guarda armonía con la regla de la sucesión *ipso jure* en los tratados, enunciada en la Convención de Viena de 1978 respecto de los casos de unificación o de separación de Estados. En esas hipótesis, la sucesión en un tratado no depende de una manifestación de voluntad en ese sentido por el Estado sucesor, por lo que es válido pensar que ese Estado hereda la totalidad de los derechos y obligaciones del Estado predecesor en virtud del tratado, sin que pueda sustraerse a esas obligaciones ni aligerarlas formulando reservas. Por otra parte, esa solución parece haber sido confirmada por la práctica, ya que los Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia no parecen haber formulado nuevas reservas en ocasión de su sucesión en tratados.

51. A este respecto, la situación es diferente de la de los Estados de reciente independencia en favor de los cuales se prevé una *notificación de sucesión*, lo que no es el caso, en principio, cuando se trata de la unificación o la separación de Estados. En virtud de su notificación de sucesión, un Estado de reciente independencia *decide*, en aplicación del principio de optar libremente por mantener o no mantener los tratados del Estado predecesor, su calidad de Estado contratante o Estado parte en el tratado en cuestión⁹⁸. Con arreglo a esta hipótesis, la notificación de sucesión reviste un carácter constitutivo respecto del mantenimiento de los tratados en vigor para el Estado predecesor en la fecha de la sucesión de Estados, así como de los demás tratados en que fuera Estado contratante. En cambio, en la Convención de Viena de 1978 se estipula un régimen diferente para los Estados sucesores que no sean Estados de reciente independencia. Según la parte IV de la Convención, los tratados en vigor en la fecha de sucesión de Estados, para cualquiera de los Estados predecesores, en principio continúan en vigor respecto de un Estado surgido de la unificación de dos o más Estados⁹⁹. Se prevé la misma solución para los casos de los Estados surgidos de la separación de Estados, si se trata de tratados que en la fecha de la sucesión de Estados estaban en vigor respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor y de tratados que estaban en vigor solamente respecto de la parte del territorio del Estado sucesor¹⁰⁰. Conforme a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1978, es sólo en lo que se refiere a los tratados que, en la fecha de sucesión de Estados, no estaban en vigor para el Estado predecesor, aun cuando éste fuera un Estado contratante de dicho tratado en la fecha de sucesión, que el Estado sucesor (que no sea un Estado de reciente independencia) puede establecer, en virtud de una *notificación*, si ello procede, su calidad de Estado contratante o Estado parte en el tratado en cuestión¹⁰¹. A este respecto, por consiguiente, conviene tratar

a los Estados sucesores que no sean Estados de reciente independencia de la misma forma que a éstos, en la medida en que la sucesión en el tratado suponga, en uno y otro caso, una manifestación de voluntad por parte del Estado de que se trate.

52. Sólo con arreglo a esta hipótesis cabe dar a los Estados sucesores, en caso de separación o de unificación de Estados, el derecho de formular nuevas reservas cuando notifican su intención de pasar a ser Estados partes. En todos los demás casos, al parecer, no debe reconocerse el derecho de formular nuevas reservas si se trata de los tratados que siguen en vigor tras la sucesión de Estados. Ese principio (opuesto al que se ha propuesto para los Estados de reciente independencia) se establece en el párrafo 2 de la directriz 5.2 que figura a continuación¹⁰²; también se establece la excepción correspondiente (que permite el ejercicio de dicho derecho cuando el Estado sucesor establece su calidad de Estado contratante o Estado parte en un tratado en virtud de una notificación). En los demás casos, la formulación de reservas por un Estado sucesor surgido de una unificación o de una separación de Estados debe atenerse al régimen de formulación tardía de reservas, como se propone en la directriz 5.9¹⁰³.

53. Por consiguiente, el párrafo 2 de la directriz 5.2 tiene por objeto colmar una laguna de la Convención de Viena de 1978. Habida cuenta del alcance general de ese párrafo, que abarca los casos de separación de Estados, así como los de unificación de dos o más Estados, el concepto de «Estado predecesor», en los casos de unificación de Estados debe interpretarse en el sentido de que abarca cualquiera o varios de los Estados predecesores.

54. La redacción de la directriz 5.2, que debería ser la «compañera» de la directriz 5.1 en caso de unificación o de separación de Estados, podría ser la siguiente:

5.2 Casos de unificación o de separación de Estados

1. A reserva de lo dispuesto en la directriz 5.3, se considerará que un Estado sucesor de resultas de una unificación o una separación de Estados mantendrá toda reserva al tratado que fuere aplicable, en la fecha de la sucesión de Estados, al territorio que comprenda la sucesión de Estados, a menos que notifique su intención en sentido contrario con ocasión de la sucesión o formule una reserva relativa a la misma materia de dicha reserva.

2. Un Estado sucesor no podrá formular una nueva reserva con ocasión de una unificación o una separación de Estados sino al formular una notificación por la que establezca su calidad de Estado contratante o Estado parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estuviere en vigor para el Estado predecesor, pero del cual el Estado predecesor fuere un Estado contratante.

3. Cuando un Estado sucesor formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, serán aplicables respecto de esa reserva las reglas pertinentes enunciadas en la segunda parte de la Guía de la práctica (Procedimientos).

⁹⁶ Véase la nota 91 *supra*.

⁹⁷ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 69.

⁹⁸ Véanse los artículos 17 y 18 de la Convención de Viena de 1978, citados en la nota 69 *supra*.

⁹⁹ Véase el artículo 31 de la Convención.

¹⁰⁰ Véase el artículo 34 de la Convención.

¹⁰¹ Véanse los artículos 32 y 36 de la Convención.

¹⁰² Véanse el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención y el párrafo 2 de la directriz 5.1 (párr. 35 *supra*).

¹⁰³ Véase el párrafo 98 *infra*.

55. A diferencia de los casos de una separación de Estados, en que la sucesión en un tratado desemboca en la aplicación de un régimen único de reservas a ese tratado, la unificación de Estados lleva consigo el riesgo de una combinación de dos o más regímenes de reservas a un mismo tratado, regímenes que pueden ser diferentes e incluso contradictorios. No se trata en este caso de una mera hipótesis académica. Sin embargo, la práctica no parece aportar respuestas satisfactorias a las numerosas cuestiones que plantea esta situación. Así es que en la carta antes citada¹⁰⁴, de 19 de mayo de 1990, dirigida al Secretario General por los Ministros de Relaciones Exteriores de la República Árabe del Yemen y de la República Democrática Popular del Yemen, en que se sugiere una solución para el problema técnico del registro de las medidas de los dos Estados predecesores en relación con un mismo tratado, se hacía referencia a un criterio temporal cuyo alcance jurídico por distintas consideraciones, parece nebuloso, y se dejaba sin tocar la cuestión —que podría plantearse más adelante— del destino de las reservas que formularan los Estados de que se trataba antes de la fecha de su unificación.

56. En el caso de un tratado que, en la fecha de la unificación de los Estados, estuviera en vigor respecto de cualquiera de los Estados que se hubieran unificado, y que siguiera en vigor respecto del Estado unificado¹⁰⁵, del principio enunciado en el párrafo 1 de la directriz 5.2 se desprende que las reservas a ese tratado, formuladas por cualquiera de esos Estados, seguirán en vigor con respecto al Estado unificado, a menos que éste exprese su voluntad en sentido contrario. La aplicación de esta presunción no plantea dificultad alguna si los Estados partes en la unificación son Estados partes o Estados contratantes en dicho tratado. En cambio, la situación se complica si uno de esos Estados es parte en el tratado, y el otro, Estado contratante para el cual el tratado no estuviera en vigor.

57. La directriz 5.3 que se propone a continuación tiene por objeto responder a situaciones como la antes expuesta, previendo el mantenimiento exclusivo de las reservas formuladas por el Estado que era parte en el tratado. Esta solución obedece al hecho de que un Estado —en este caso un Estado surgido de una unificación— no puede tener más de un estatuto respecto de un tratado dado, a saber, el de Estado parte en dicho tratado (principio de continuidad *ipso jure*). En consecuencia, si un tratado sigue en vigor respecto del Estado surgido de la unificación, parece lógico considerar que sólo puedan mantenerse las reservas formuladas por un Estado o por los Estados respecto de los cuales el tratado estuviera en vigor en la fecha de la unificación. En cambio, las reservas que pudiera formular un Estado contratante respecto del cual el tratado no estuviera en vigor pierden toda validez.

58. La directriz 5.3 estipula lo siguiente:

5.3 No pertinencia de determinadas reservas en los casos de unificación de Estados

Cuando, tras la unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de sucesión de Estados, estuviera

vigente respecto de cualquiera de esos Estados, siga en vigor respecto del Estado surgido de la unificación, no se mantendrán las reservas formuladas por uno de esos Estados que, en la fecha de sucesión de Estados, fuera un Estado contratante respecto del cual el tratado no estuviera en vigor.

59. La directriz 5.3¹⁰⁶ se ha redactado de manera que abarque a la vez los casos de unificación previstos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1978 y los casos de unificación de Estados en los cuales uno de los Estados que se unen conserva su personalidad jurídica internacional (situación no prevista en las disposiciones antes citadas de la Convención de Viena de 1978).

B. Alcance territorial de las reservas en el marco de una sucesión de Estados

60. Parece evidente que cuando una reserva se considere mantenida tras una sucesión de Estados, conservará el alcance territorial que tenía en la fecha de la sucesión. Esta es la consecuencia lógica de la continuidad inherente al concepto de sucesión en un tratado, tanto si es resultado de la notificación de sucesión de un Estado de reciente independencia como si se produce *ipso jure*.

61. Ese principio, sin embargo, presenta excepciones en ciertos casos de unificación de dos o más Estados. Tales excepciones, que plantean problemas bastante complejos, se contemplan en la directriz 5.5 y están excluidas del ámbito de aplicación de la directriz 5.4 en virtud de la fórmula «sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.5».

62. También deben examinarse por separado los problemas que plantea en materia de reservas la sucesión relativa a una parte del territorio que, sin constituir una excepción al principio recogido en la directriz 5.4, exige no obstante ciertas precisiones, cuestión de la que se ocupa la directriz 5.6.

63. En vista de estas observaciones, la directriz 5.4 podría quedar redactada de la manera siguiente:

5.4 Principio de mantenimiento del alcance territorial de las reservas del Estado predecesor

Cuando una reserva se considere mantenida en virtud del párrafo 1 de la directriz 5.1 y el párrafo 1 de la directriz 5.2, conservará el alcance territorial que tenía en la fecha de la sucesión de Estados, sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.5.

64. El principio enunciado en la directriz 5.4, según el cual el alcance territorial de una reserva que se considere mantenida después de una sucesión de Estados permanecerá sin cambios, también se aplica en caso de unificación de dos o más Estados, sin perjuicio, no obstante, de ciertas excepciones. En efecto, como se señaló anteriormente¹⁰⁷, podrían plantearse problemas específicos en relación con la extensión territorial de una reserva que se considere mantenida tras la unificación de dos o más Estados. Esas

¹⁰⁴ Párr. 41 *supra*.

¹⁰⁵ Véase el artículo 31 de la Convención de Viena de 1978.

¹⁰⁶ El mismo criterio rige en las directrices 5.5 y 5.11.

¹⁰⁷ Véase el párrafo 61 *supra*.

excepciones pueden producirse cuando, tras dicha unificación de dos o más Estados, un tratado pase a ser aplicable en una parte del territorio del Estado unificado en que, en la fecha de la sucesión de Estados, no lo era.

65. A este respecto, cabe distinguir dos hipótesis, a saber:

a) Tras la unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, está en vigor respecto de uno solo de los Estados que dan lugar a la unificación pasa a ser aplicable en una parte del territorio del Estado sucesor en que no lo era anteriormente, y

b) Un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, está en vigor respecto de dos o más Estados que dan lugar a la unificación —pero no en la totalidad de lo que será el territorio del Estado sucesor— pasa a ser aplicable en una parte del territorio del Estado sucesor en que no lo era anteriormente.

66. En el primer caso, es decir el del tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, está en vigor, con reservas, respecto de uno solo de los Estados que dan origen al Estado unificado y pasa a ser aplicable en una parte del territorio del Estado sucesor en que no lo era en la fecha de la sucesión de Estados, las reservas en cuestión pueden extenderse a todo el territorio del Estado unificado en el que el tratado se hace aplicable, siempre que preste su consentimiento, ya sea mediante notificación a tal efecto o a través de un acuerdo con los demás Estados partes¹⁰⁸. En este caso, todo apunta a que la extensión se refiere al vínculo convencional según quedó modulado por las reservas planteadas por el Estado respecto del cual el tratado estaba en vigor en la fecha de la unificación. Pero en principio no hay razones que impidan que el Estado nacido de la unificación exprese una voluntad contraria a ese respecto y evite de ese modo la extensión del alcance territorial de las mencionadas reservas. En cualquier caso, sea cual sea la decisión del Estado sucesor sobre el asunto, las demás partes contratantes no se verán perjudicadas, ya que el tratado tampoco estaba en vigor con anterioridad en el territorio al que la aplicación de la reserva queda excluida de ese modo. En el apartado *a* del párrafo 1 de la directriz 5.5 se contempla esta posibilidad.

67. Sin embargo, puede suceder que la naturaleza o el objeto de la reserva excluyan la posibilidad de extenderla más allá del territorio en que era aplicable en la fecha de sucesión de Estados. Ese podría ser el caso, en particular, de una reserva cuya aplicación, ya con anterioridad, se limitara a una parte del territorio del Estado que la había formulado, o de las reservas referidas específicamente a ciertas instituciones propias de dicho Estado. Esa posibilidad se aborda en el apartado *b* del párrafo 1 de la directriz 5.5.

68. El segundo caso en que una reserva anterior puede ver extendido su alcance territorial más allá del que tenía antes de la sucesión de Estados puede parecer cercano, pero presenta diferencias; mientras que en la hipótesis anterior tan solo uno de los Estados objeto

de la unificación estaba vinculado por el tratado, en este segundo caso el tratado en cuestión estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados respecto de al menos dos de los Estados que dieron lugar a la unificación, por más que en ese momento no fuera aplicable a la totalidad de lo que pasaría a ser el territorio del Estado unificado. Se plantea entonces la cuestión de si las reservas formuladas por cualquiera de esos Estados también serán aplicables a las partes del territorio del Estado unificado en el que el tratado no era aplicable en la fecha de la sucesión. De no haber indicaciones precisas por parte del Estado sucesor, puede ser difícil determinar cuándo y en qué medida ese Estado, al ampliar el ámbito territorial del tratado, tenía la intención de extender el alcance territorial de las reservas formuladas por alguno o todos los Estados respecto de los que el tratado estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados.

69. A falta de elementos que indiquen lo contrario, parece razonable aceptar la presunción de que una reserva de ese tipo no se extenderá a la parte o partes del territorio del Estado unificado en que el tratado no era aplicable en la fecha de sucesión. Sin embargo, no hay razón para considerarla una presunción *iuris et de iure*. Debe optarse por una solución diferente:

a) Cuando la reserva se haya formulado en términos idénticos por cada uno de los Estados interesados; en este caso habrá que presumir por sentido contrario que la intención del Estado unificado es mantener la reserva común a todos sus predecesores y seguir la lógica del párrafo 1 de la directriz 5.5;

b) Además, en ciertos casos puede deducirse de las circunstancias que la intención del Estado producto de la unificación es mantener las reservas formuladas por algunos Estados en particular, especialmente cuando el Estado unificado, al ampliar el ámbito territorial del tratado, haya hecho referencia específicamente a las formalidades cumplimentadas en relación con el tratado, antes de la fecha de la unificación, por uno de los Estados interesados; y

c) Todavía con más razón, la conclusión sería la misma cuando el Estado producto de la unificación, al aceptar la ampliación del ámbito territorial del tratado, exprese su intención contraria especificando las reservas vigentes en el territorio al que se extiende la aplicación del tratado.

70. Sin embargo, en este último caso la decisión del Estado unificado de extender la aplicación de varias reservas al territorio de que se trate sólo será aceptable si las reservas en cuestión, formuladas por dos o más de los Estados que hayan dado lugar a la unificación, son compatibles entre sí. Pero también pueden ser contradictorias. En tal situación, habrá que considerar nula y sin efecto la notificación, en la medida en que daría lugar a la aplicación de reservas incompatibles.

71. Las normas propuestas más arriba se refieren a la hipótesis de que el tratado frente al que los Estados predecesores formulan la reserva o reservas estuviera en vigor respecto de al menos uno de ellos en la fecha de la sucesión. En opinión del Relator Especial, tales normas deben aplicarse *mutatis mutandis* a las reservas que

¹⁰⁸ Véase el artículo 31, párr. 2, de la Convención de Viena de 1978.

se consideren mantenidas por el Estado unificado que extiende el ámbito territorial de un tratado en el que, tras la sucesión de Estados, es parte contratante, cuando el tratado en cuestión no estuviera en vigor, en la fecha de la sucesión, respecto de ninguno de los Estados predecesores incluso si uno o varios de ellos eran partes contratantes¹⁰⁹.

72. Siguiendo este razonamiento, la misma solución debería aplicarse a la hipótesis, indudablemente excepcional pero prevista en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena de 1978, de que un tratado respecto del cual uno o varios de los Estados que hayan dado lugar a la unificación fueran contratantes en la fecha de la sucesión, entre en vigor después de esa fecha tras cumplirse las condiciones impuestas en sus cláusulas pertinentes, en cuyo caso el Estado sucesor se convertiría en parte en el tratado.

73. También hay que recordar que la cuestión del alcance territorial de las reservas formuladas por un Estado contratante respecto del que el tratado no estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados sólo se plantea cuando dicho tratado no estaba en vigor, en esa misma fecha, respecto de ninguno de los Estados que dieron lugar a la unificación; en caso contrario, las reservas hechas por dicho Estado contratante no se considerarán mantenidas¹¹⁰.

74. En vista de estas observaciones, la Comisión podría aprobar la siguiente directriz 5.5:

5.5 *Ámbito territorial de las reservas en caso de unificación de Estados*

1. Cuando, tras la unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estuviera en vigor respecto de uno solo de los Estados que integran el Estado sucesor pasa a ser aplicable en una parte del territorio de ese Estado en que no lo era, toda reserva que el Estado sucesor considere mantenida se aplicará a dicho territorio, a menos que:

a) el Estado sucesor manifieste, en relación con la extensión del ámbito territorial del tratado, su voluntad contraria, o que

b) de la naturaleza u objeto de la reserva se deduzca que no podría extenderse más allá del territorio en que era aplicable en la fecha de la sucesión de Estados.

2. Cuando, tras la unificación de dos o más Estados, un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estuviera en vigor respecto de dos o más de los Estados que dieron lugar a la unificación pasa a ser aplicable en una parte del territorio del Estado sucesor en la que no lo era en la fecha de la sucesión de Estados, ninguna reserva podrá extenderse a ese territorio, a menos que:

a) se haya formulado una reserva idéntica por cada uno de los Estados respecto de los que el tratado estaba en vigor en la fecha de la sucesión de Estados;

b) el Estado sucesor manifieste, en relación con la extensión del ámbito territorial del tratado, una intención diferente; o que

c) a partir de las circunstancias de la sucesión de ese Estado en el tratado, se desprenda de otro modo su intención contraria.

3. La notificación que tenga por objeto ampliar el alcance territorial de las reservas en el sentido del apartado b del párrafo 2 quedará sin efecto en la medida en que tal ampliación suponga la aplicación de reservas incompatibles en el mismo territorio.

4. Las disposiciones de los párrafos anteriores se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las reservas que se consideren mantenidas por el Estado sucesor que, tras una unificación de Estados, sea contratante en un tratado que en la fecha de la sucesión de Estados no estaba en vigor para ninguno de los Estados que dieron lugar a la unificación pero respecto del que uno o, en su caso, varios de esos Estados eran, en ese momento, Estados contratantes, cuando el tratado pase a ser aplicable en una parte del territorio del Estado sucesor en que no lo era en la fecha de la sucesión de Estados.

75. El artículo 15 de la Convención de Viena de 1978, relativo a la sucesión respecto de una parte del territorio, regula las cesiones territoriales y otros casos de modificación del territorio y establece que, desde la fecha de la sucesión de Estados, los tratados del Estado sucesor estarán en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados, mientras que los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto de dicho territorio. Esta disposición extiende al ámbito territorial de los tratados la regla de la flexibilidad, consagrada en el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969. Por lo tanto, las directrices 5.1 y 5.2 no se aplicarían a las situaciones comprendidas en el artículo 15 de la Convención, ya que en estos casos no hay, en principio, una sucesión en relación con los tratados en sentido estricto. El Estado en cuestión, aunque quede designado como «Estado sucesor» según lo dispuesto por la Convención de Viena de 1978 en su artículo 2, párr. 1, apdo. d, de algún modo «se sucede» a sí mismo y mantiene su calidad de Estado contratante o Estado parte en el tratado, que había adquirido en virtud de su propio consentimiento a obligarse por el tratado en cuestión, de conformidad con el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969.

76. Cuando se produce esta situación, tras una sucesión que afecta a parte del territorio, el tratado *del Estado sucesor* se extiende al territorio en cuestión. En este caso parece lógico considerar que la aplicación del tratado a dicho territorio estará condicionada, en principio, por las reservas al tratado formuladas por el propio Estado sucesor.

77. Sin embargo, también aquí deberá completarse este principio con dos excepciones, basadas igualmente en el principio del consensualismo, tan preponderante en el derecho de los tratados en general, y el régimen de las reservas en particular. Así pues, la reserva no deberá extenderse al territorio al que se refiere la sucesión:

¹⁰⁹ Véase el artículo 32 de la Convención de Viena de 1978.

¹¹⁰ Véase la directriz 5.3 *supra*.

a) Cuando el Estado sucesor exprese su intención contraria, en lo que podría asimilarse a un retiro parcial de la reserva, limitado al territorio al que se refiere la sucesión de Estados¹¹¹; o

b) Cuando de la propia reserva se desprenda que su aplicación estaba limitada al territorio del Estado sucesor dentro de las fronteras anteriores a la fecha de la sucesión de Estados, o a un territorio determinado.

78. Estas consideraciones podrían conducir a la aprobación de una directriz 5.6 redactada en los siguientes términos:

5.6 *Ámbito territorial de las reservas del Estado sucesor en caso de sucesión relativa a una parte del territorio*

Cuando, tras una sucesión de Estados relativa a una parte del territorio, un tratado en que el Estado sucesor sea Estado contratante o Estado parte se aplique a dicho territorio, toda reserva al tratado formulada con anterioridad por dicho Estado se aplicará también a ese territorio a partir de la fecha de la sucesión de Estados, a menos que:

a) el Estado sucesor exprese su intención contraria; o que

b) de la propia reserva se desprenda que su aplicación estaba limitada al territorio del Estado sucesor dentro de las fronteras anteriores a la fecha de la sucesión de Estados, o a un territorio determinado.

79. La redacción de la directriz 5.6 permite abarcar no sólo los tratados en vigor respecto del Estado sucesor en el momento de la sucesión de Estados, sino también los tratados que en esa fecha no estén en vigor para el Estado sucesor pero en los que sea Estado contratante, situación no contemplada en el artículo 15 de la Convención de Viena de 1978. Debe entenderse que la expresión «se aplicará» referida al tratado en cuestión comprende ambas situaciones, entre las que no parece que deban marcarse distinciones en materia de reservas.

80. Esta directriz abarca también la situación en que el Estado predecesor y el Estado sucesor son partes o Estados contratantes en el mismo tratado, e incluso, en su caso, la de que uno de ellos es Estado parte y el otro Estado contratante, aun con reservas no idénticas.

81. Sin embargo, la directriz 5.6 no contempla el caso de los «tratados territoriales» (que se refieren a los regímenes fronterizos o cualquier otra normativa relativa al uso de un territorio). En la medida en que tenga lugar una sucesión respecto de estos tratados¹¹², las soluciones contenidas en la directriz 5.2 sobre los casos de unificación y separación de Estados se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las reservas formuladas frente a ellos.

¹¹¹ En torno al retiro parcial de una reserva, véanse las directrices 2.5.10 y 2.5.11 y sus comentarios (*Anuario...2003*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y ss.).

¹¹² En cuanto a la práctica internacional, véase en especial la providencia de la CPJI de 6 de diciembre de 1930 dictada en el caso *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, C.P.J.I., série A n.º 24*, pág. 17, y el fallo de 7 de junio de 1932 recaído en el mismo asunto, *ibíd.*, *série A/B n.º 46*, pág. 145.

C. Eficacia temporal de una reserva en el marco de una sucesión de Estados

82. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no regula directamente los efectos *ratione temporis* de una declaración por la que un Estado de reciente independencia hace saber, en el momento de notificar su sucesión en un tratado, que no mantendrá una reserva formulada por el Estado predecesor; esto es aún más cierto en el marco de una sucesión de Estados derivada de la unificación o la separación de Estados, puesto que la Convención de Viena de 1978 no se ocupa de la suerte que corren las reservas del Estado predecesor en este contexto. Ni la práctica ni la doctrina parecen dar respuesta a esta cuestión, que sin embargo puede presentar cierta importancia práctica.

83. Tanto cuando se manifieste una «intención contraria» o se formule por el Estado sucesor una reserva «que concierna a la misma materia» que la formulada por el Estado predecesor¹¹³, en relación con la eficacia temporal parece razonable dar el mismo trato a la falta de mantenimiento de una reserva tras una sucesión de Estados que al retiro de una reserva, de modo que se apliquen las normas ordinarias del derecho de los tratados codificadas en el artículo 22 de la Convención de Viena de 1969. De conformidad con el apartado a del párrafo 3 de dicha disposición, incluida en la directriz 2.5.8 de la Guía de la práctica,

[s]alvo que el tratado disponga o que se haya convenido otra cosa [...] [e]l retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación.

84. Esta solución, particularmente evidente cuando la sucesión en el tratado (y la reserva) se produce *ipso jure*, parece poder aplicarse a todos los casos de sucesión: las demás partes sólo podrán tener en cuenta el retiro de la reserva cuando tengan conocimiento (mediante notificación formulada por escrito)¹¹⁴ de la intención del Estado sucesor.

85. Así pues, la presente directriz reproduce, *mutatis mutandis*, la regla establecida por la Convención de Viena de 1969, dentro del apartado a del párrafo 3 de su artículo 22, y reproducida en la directriz 2.5.8, en relación con la eficacia temporal del retiro de una reserva:

5.7 *Eficacia temporal de la falta de mantenimiento por el Estado sucesor de una reserva formulada por el Estado predecesor*

La falta de mantenimiento [, de conformidad con las directrices 5.1 y 5.2,] por el Estado sucesor de una reserva formulada por el Estado predecesor sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante o parte, o de una organización internacional contratante o parte, cuando ese Estado u organización hayan recibido la notificación.

86. La expresión entre corchetes introduce una aclaración que no es indispensable. Bastaría quizás con vincular los respectivos párrafos 2 de las directrices 5.1 y 5.2, por una parte, y la directriz 5.7, por la otra, en el comentario de esta última.

¹¹³ Véanse los respectivos párrafos 1 de las directrices 5.1 y 5.2.

¹¹⁴ Véase la directriz 2.5.2 (Forma del retiro) y su comentario en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 80 y ss.

87. Si la Convención de Viena de 1978 no resuelve la cuestión de la eficiencia temporal de la falta de mantenimiento de una reserva del Estado predecesor, tampoco se refiere a los efectos *ratione temporis* de la reserva formulada por un Estado sucesor en un caso de sucesión de Estados.

88. Por razones similares a las ya indicadas para justificar la norma establecida en la directriz 5.7 para que la falta de mantenimiento de una reserva se haga efectiva, parece razonable establecer que la reserva de un Estado sucesor sólo empiece a surtir efectos a partir de la fecha en que los demás Estados o las organizaciones internacionales partes o contratantes tienen conocimiento de su existencia, es decir, la fecha de la notificación en virtud de la que el Estado sucesor hace constar su calidad de Estado contratante o parte en un tratado.

89. Ciertamente es que tal solución podría conducir, retrospectivamente, a la creación de dos regímenes jurídicos distintos. El primero abarcaría el período comprendido entre la fecha de la sucesión de Estados y la de la notificación en virtud de la que el Estado sucesor hace constar su calidad de Estado contratante o parte en un tratado, durante el cual el Estado sucesor se considerará vinculado por el tratado de la misma manera que lo estaba el Estado predecesor, es decir sin el beneficio de la reserva nueva. El segundo régimen, por su parte, empezaría a operar desde la fecha de la notificación, a partir de la cual el Estado sucesor podría beneficiarse de la reserva.

90. Parece preferible atenerse al principio al que hizo referencia la propia Comisión en su comentario del proyecto de artículo 19 (que pasó a convertirse en artículo 20 de la Convención de Viena de 1978): aunque renunció a incluir en el proyecto una precisión en tal sentido, como había propuesto el Sr. Vallat¹¹⁵, no dejó de referirse al «criterio general de que lo más pronto que una reserva puede tener efecto es a partir de la fecha en que se formula»¹¹⁶.

91. Esta solución tiene en cuenta el interés legítimo de los otros Estados en garantizar un mínimo de seguridad jurídica y evita que puedan verse sorprendidos por la formulación —que podría llegar a producirse mucho tiempo después de la fecha de sucesión de Estados— de reservas a las que el Estado sucesor se propusiera dotar de efectos retroactivos. En cualquier caso, no parece necesario retrasar los efectos de la reserva más allá de la fecha de la notificación en virtud de la que el Estado sucesor hace constar su calidad de Estado contratante o parte en el tratado¹¹⁷.

92. La directriz 5.8, necesaria para colmar una laguna de la Convención de Viena de 1978, podría quedar redactada de la siguiente manera:

¹¹⁵ La disposición propuesta por el Sr. Vallat en su primer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, que retomaba una petición en ese sentido planteada por los Estados Unidos, decía lo siguiente: «Una nueva reserva formulada conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 no tendrá efecto alguno antes de la fecha en que se efectúe la notificación de sucesión» (*Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 56, párr. 298).

¹¹⁶ *Ibíd.*, pág. 229, párr. 22 del comentario al artículo 19.

¹¹⁷ En ese sentido, Gaja, *loc. cit.*, pág. 68.

5.8 Eficacia temporal de la reserva formulada por un Estado sucesor

La reserva formulada por un Estado sucesor [, de conformidad con las directrices 5.1 y 5.2,] cuando notifique su calidad de Estado contratante o parte en un tratado, surtirá efecto a partir de la fecha de dicha notificación.

93. Una vez más¹¹⁸, sería preferible que la expresión entre corchetes probablemente se incluyera —y explicara— en el comentario.

94. Aunque nadie pone en duda la facultad de un Estado de reciente independencia de formular reservas frente al tratado del que tiene intención de convertirse en sucesor¹¹⁹, dicha facultad no puede ser ilimitada en el tiempo.

95. En este sentido, parece razonable considerar que el Estado de reciente independencia debe ejercer este derecho cuando notifique su sucesión. Ello se deduce claramente de la definición de las reservas contenida en la directriz 1.1 de la Guía de la práctica, que, como el apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1978 —y, a diferencia del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969—, menciona entre los elementos temporales incluidos en la definición de las reservas el momento en que el Estado hace «una notificación de sucesión en un tratado»¹²⁰. Parece legítimo inferir que las reservas formuladas por un Estado de reciente independencia después de esa fecha deben someterse al régimen jurídico de las reservas tardías previsto en las directrices 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 y 2.3.5, aprobadas provisionalmente por la Comisión¹²¹.

96. Por razones similares, el régimen de las reservas tardías también parece aplicable a las reservas formuladas por un Estado sucesor que no sea de reciente independencia después de la fecha en que haya hecho constar, mediante notificación a tal efecto, su calidad de Estado contratante o parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor pero respecto del que era Estado contratante en las condiciones previstas en el párrafo 2 de la directriz 5.2. Al igual que en esa disposición, el concepto de «Estado predecesor» debe interpretarse, en los casos de unificación de los Estados, en el sentido de abarcar a cualquiera de los Estados predecesores o a varios de ellos.

97. A fin de cuentas, la misma solución debe aplicarse a toda reserva formulada por un Estado sucesor que no sea de reciente independencia frente a un tratado que, tras la

¹¹⁸ Véase el párrafo 86 *supra*, en cuanto a una expresión similar entre corchetes de la directriz 5.7.

¹¹⁹ Véanse los párrafos 24 a 28 y 35 *supra*.

¹²⁰ La definición completa de reservas, contenida en la directriz 1.1, dice así: «Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado*, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización». En cuanto a las razones de esta referencia a la sucesión de Estados en la directriz 1.1, véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párrs. 5 y 6 del comentario.

¹²¹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 123.

sucesión de Estados, continúe en vigor para él. Ciertamente es que en tal caso la directriz 5.2 no reconoce al Estado sucesor la facultad de formular reservas que no hayan sido planteadas por el Estado predecesor. Sin embargo, si el Estado sucesor formula una reserva nueva frente al tratado, no hay ningún motivo para no reconocerle la misma facultad que corresponde a cualquier otro Estado, negándole el beneficio del régimen jurídico de las reservas tardías¹²². Cabe recordar a ese respecto que, en los términos de la directriz 2.3.1, la formulación tardía de una reserva está condicionada a la falta de oposición de las demás partes contratantes, lo que se ajusta plenamente al principio del consensualismo.

98. Por lo tanto, la directriz 5.9 podría formularse del siguiente modo:

¹²² En ese sentido, véase el párrafo 50 *supra*.

5.9 Reservas formuladas por el Estado sucesor sometidas al régimen jurídico de las reservas tardías

Se considerará tardía toda reserva formulada:

- a) por un Estado de reciente independencia después de su notificación de sucesión en el tratado;
- b) por un Estado sucesor que no sea de reciente independencia después de la notificación en virtud de la que haya hecho constar su calidad de Estado contratante o parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor, pero respecto del que era Estado contratante, o
- c) por un Estado sucesor que no sea de reciente independencia respecto de un tratado que, tras la sucesión de Estados, continúe en vigor para él.

CAPÍTULO II

Destino de las aceptaciones de las reservas y de las objeciones a las reservas en caso de sucesión de Estados

99. La Convención de Viena de 1978 no se ocupa de la suerte que corren las objeciones a las reservas ni sus aceptaciones en el contexto de una sucesión de Estados. Apparentemente, durante los trabajos preparatorios no se hizo mención alguna de las aceptaciones¹²³. En cuanto a las objeciones, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión, por más que el Sr. Waldock¹²⁴ presentara una propuesta parcial al respecto. A pesar de la petición en ese sentido de los Países Bajos¹²⁵ y de ciertas preocupaciones suscitadas en torno a esta laguna en la Convención durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados¹²⁶, la situación finalmente se mantuvo.

100. Esta actitud fue deliberada, como explicó durante la Conferencia el Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción:

El Comité de Redacción ha prestado especial atención a la cuestión de las objeciones a reservas y las objeciones a tales objeciones, que fue planteada por el representante de los Países Bajos, y ha observado que, como se desprende claramente del comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 19, y en particular del párrafo 15 de dicho comentario (A/CONF.80/4, pág. 70)¹²⁷, este artículo no trata de esta cuestión, que se deja para que se rijan por las normas generales del derecho internacional¹²⁸.

101. En realidad, el destino de las objeciones a las reservas en relación con la sucesión de Estados plantea cuatro tipos de cuestiones diferentes:

¹²³ A excepción de alusiones aisladas del Sr. Waldock en su tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados (*Anuario... 1970*, vol. II, pág. 27); véase el párrafo 124 *infra*.

¹²⁴ Véase el párrafo 104 *infra*.

¹²⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párr. 70; 28.ª sesión, párr. 32; y 35.ª sesión, párr. 19.

¹²⁶ Véase *ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 85 (Madagascar).

¹²⁷ Véase el párrafo 102 *infra*.

¹²⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 35.ª sesión, párr. 17.

a) En primer lugar, la de saber qué ocurre con las objeciones planteadas por el Estado predecesor frente a las reservas formuladas por otros Estados o por organizaciones internacionales que sean partes o contratantes;

b) En segundo lugar, las relativas a las objeciones de estos otros Estados u organizaciones internacionales frente a las reservas del Estado predecesor;

c) En tercer lugar, la de si, con motivo de la sucesión, el propio Estado sucesor puede formular objeciones frente a las reservas preexistentes; y

d) Por último, habrá que determinar cuándo y en qué condiciones los otros Estados y organizaciones internacionales pueden presentar objeciones a las reservas formuladas por el Estado sucesor con motivo de la sucesión.

A. Destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor

102. El proyecto de artículo 19 (antecedente del actual artículo 20 de la Convención de Viena de 1978), aprobado en 1974 por la Comisión en segunda lectura, tampoco resolvió la cuestión de las objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. Una vez más, esta laguna fue deliberada, ya que, en su comentario a esta disposición, la Comisión consideró:

que sería preferible, de conformidad con el criterio fundamental adoptado con respecto al proyecto de artículos, dejar que estas cuestiones se rigiesen por las normas comúnmente aplicables a las aceptaciones y objeciones, en el supuesto de que, a menos que fuese necesario formular alguna disposición especial en el contexto de la sucesión de Estados, el Estado de reciente independencia se colocaría en el lugar del Estado predecesor¹²⁹.

¹²⁹ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 228, párr. 15 del comentario; véase también el párrafo 23 (pág. 229). El Sr. Vallat, Consultor Experto, recordó esta explicación en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párr. 83).

Estas últimas palabras parecen sugerir que la Comisión consideraba que la transmisión de las objeciones debía ser la regla¹³⁰.

103. Para justificar su silencio sobre las objeciones a las reservas, la Comisión había invocado un argumento basado en sus efectos jurídicos: por una parte señaló que, salvo que viniera acompañada de una indicación expresa del autor de la objeción manifestando su intención de impedir la entrada en vigor del tratado entre él mismo y el Estado autor de la reserva, la objeción a una reserva producía una situación jurídica que era «casi la misma que si no se hubiera hecho ninguna objeción»¹³¹; y, por la otra, añadió que, en el caso contrario, el tratado no estaría de ningún modo en vigor entre el Estado predecesor y el Estado autor de la reserva en la fecha de la sucesión¹³², de lo que también se deduce que la Comisión consideraba que las objeciones anteriores (con efecto máximo) del Estado predecesor seguían siendo aplicables.

104. Ésta fue por lo demás la posición del Sr. Waldock, quien, al tiempo que destacaba la escasez de la práctica en la materia, propuso, una vez más de acuerdo con las propuestas del Sr. O'Connell a la Asociación de Derecho Internacional¹³³, que a las objeciones se les aplicaran *mutatis mutandis* las reglas sobre las reservas¹³⁴. Ello daba lugar, en particular, a la aplicación a las objeciones de la misma presunción que la Comisión utilizaba para las reservas de los Estados de reciente independencia en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 y que se incluiría en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978¹³⁵. El segundo Relator Especial sobre el tema, Sr. Vallat, se declaró asimismo favorable a la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor: «en general, el razonamiento en que se apoya la adopción de una presunción a favor del mantenimiento de las reservas es también aplicable a la presunción a favor del mantenimiento de las objeciones, implícita en el proyecto actual», sobre todo teniendo en cuenta que «el Estado sucesor siempre podrá retirar la objeción si así lo desea». Sin embargo, el Sr. Vallat consideraba «innecesario complicar el proyecto con la introducción de disposiciones expresas referentes a las objeciones»¹³⁶.

¹³⁰ En este sentido, Imbert, *op. cit.*, pág. 320, nota 126.

¹³¹ Esta afirmación es hasta cierto punto reduccionista; véanse las novedades recogidas en el decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados (documento A/CN.4/624 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, págs. 3 a 54), sobre los efectos de una objeción con efecto mínimo en las relaciones convencionales.

¹³² *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 228, párr. 14 del comentario al artículo 19. Este razonamiento fue refrendado por Ruda, *loc. cit.*, págs. 207 y 208. Véanse, sin embargo, las observaciones críticas de Klabbbers, «State succession and reservations to treaties», págs. 109 y 110.

¹³³ Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 49, punto 17, «punto adicional» 13: «A partir del momento en que un nuevo Estado asuma la situación jurídica de su predecesor, asumirá también las consecuencias de las objeciones opuestas por su predecesor a una reserva incompatible a un convenio multilateral formulada por otra parte. De este modo, la reserva no surtirá efectos contra el nuevo Estado a menos que este último la retire expresamente».

¹³⁴ Véase proyecto de artículo 9, párr. 3, apdo. a: «Las normas establecidas en los párrafos 1 y 2 respecto de las reservas se aplicarán también, *mutatis mutandis*, a las objeciones a las reservas» (*Anuario... 1970*, vol. II, pág. 50).

¹³⁵ Véase el párrafo 1 de la directriz 5.1 *supra*.

¹³⁶ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 55, párr. 289.

105. Ya constatada hace 35 años por Gaja¹³⁷, esta escasez de práctica en la materia perdura. No obstante, cabe señalar que algunos elementos de la práctica reciente también parecen militar en favor del mantenimiento de las objeciones¹³⁸. En particular, pueden citarse varios casos en que Estados de reciente independencia confirmaron, al notificar la sucesión, objeciones planteadas por el Estado predecesor frente a reservas formuladas por Estados partes en el tratado¹³⁹. Ha habido también algunos casos de retiro de objeciones presentadas por el Estado predecesor y formulación simultánea de objeciones nuevas¹⁴⁰. En cuanto a los Estados sucesores que no fueran de reciente independencia, se puede señalar, por ejemplo, que Eslovaquia mantuvo expresamente objeciones de Checoslovaquia frente a reservas de otros Estados partes en tratados en los que la sucedió¹⁴¹. Del mismo modo, la República Federativa de Yugoslavia declaró que mantenía las objeciones formuladas por la ex Yugoslavia¹⁴², como hizo Montenegro con las objeciones formuladas por Serbia y Montenegro¹⁴³.

106. La interpretación de esta práctica reciente no está tan clara: aunque parece ir en el sentido de la continuidad, también podría reflejar la ausencia de una regla establecida, puesto que de lo contrario tales declaraciones carecerían de utilidad¹⁴⁴.

107. Parece lógico y razonable retomar la solución propuesta por el Sr. Waldock, consistente en aplicar a las objeciones, *mutatis mutandis*, las normas sobre reservas¹⁴⁵, teniendo en cuenta que, si bien la Comisión había decidido en última instancia no incluir en su proyecto de artículos una disposición dedicada específicamente a la cuestión de las objeciones a las reservas, la solución propuesta por el Relator Especial no había suscitado objeciones de fondo entre sus miembros¹⁴⁶.

108. Al igual que la presunción de mantenimiento de las reservas, consagrada en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978, la presunción de mantenimiento de las objeciones está justificada tanto para los Estados de reciente independencia como para los demás

¹³⁷ *Loc. cit.*, pág. 56.

¹³⁸ Véase, ya en este sentido, Szafarz, «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», pág. 96. Por su parte, Gaja estima que la práctica no contradice la presunción del mantenimiento de las objeciones formuladas por el Estado predecesor, pero tampoco es suficiente para sustentar esta presunción (*loc. cit.*, pág. 57).

¹³⁹ *Traités multilatéraux...* (nota 56 *supra*), Malta (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas), que reiteró, durante la sucesión, algunas objeciones formuladas por el Reino Unido (*ibíd.*, cap. III.3); Tonga (que declaró que «adoptaba» las objeciones formuladas por el Reino Unido en relación con las reservas y declaraciones hechas por Egipto (*ibíd.*); Fiji (Convención sobre el mar territorial y la zona contigua y Convención sobre la alta mar, respectivamente, caps. XXI.1 y XXI.2) y nuevamente Tonga (Convención sobre la plataforma continental, *ibíd.*, cap. XXI.4).

¹⁴⁰ *Ibíd.*, cap. XXI.2, Convención sobre la alta mar (Fiji).

¹⁴¹ Véase la nota 82 *supra*.

¹⁴² Véase la nota 83 *supra*.

¹⁴³ Véase la nota 84 *supra*.

¹⁴⁴ Lo mismo cabe decir de varias de las aclaraciones propuestas en el capítulo 5 de la Guía de la práctica, lo que resulta especialmente sorprendente habida cuenta de la escasez extrema de precedentes.

¹⁴⁵ Véase el párrafo 104 *supra*.

¹⁴⁶ Véase la nota precedente.

Estados sucesores. Sin embargo, en ciertos casos de unificación de dos o más Estados, dicha presunción de mantenimiento de las objeciones presenta algunas excepciones reguladas en la directriz 5.11.

109. Al hilo de los respectivos párrafos 1 de las directrices 5.1 y 5.2¹⁴⁷, la directriz 5.10 podría formularse de la manera siguiente:

5.10 *Mantenimiento por el Estado sucesor de objeciones formuladas por el Estado predecesor*

Sin perjuicio de lo dispuesto en la directriz 5.11, se considerará que un Estado sucesor mantiene toda objeción formulada por el Estado predecesor en relación con la reserva de un Estado u organización internacional contratante o parte en el tratado, a menos que notifique su intención contraria en el momento de la sucesión.

110. El proyecto de directriz 5.3 (No pertinencia de determinadas reservas en los casos de unificación de Estados) enuncia las excepciones al principio de mantenimiento de las reservas del Estado predecesor en ciertas situaciones que pueden surgir en el contexto de unificación de dos o más Estados¹⁴⁸. Dado que las mismas causas producen los mismos efectos, la directriz 5.10, que establece el principio de mantenimiento de las objeciones del Estado predecesor a las reservas formuladas por otros Estados u organizaciones internacionales partes o contratantes en un tratado respecto del que se produce la sucesión, debe prever igualmente una excepción cuando se presenten tales situaciones.

111. También es necesario tener en cuenta otra hipótesis, propia de las objeciones, que conduciría a incluir una segunda excepción al principio de la directriz 5.10. Esta excepción, justificada desde un punto de vista lógico, determina que el Estado sucesor no pueda mantener simultáneamente la reserva formulada por uno de los Estados que dieron lugar a la unificación y las objeciones planteadas por otro de esos Estados respecto de la reserva idéntica o equivalente formulada por un Estado parte o contratante en el tratado ajeno a la sucesión de Estados.

112. La directriz 5.11 enuncia estas dos excepciones, específicas de las sucesiones debidas a la unificación de dos o más Estados.

5.11 *No pertinencia de determinadas objeciones en los casos de unificación de Estados*

1. Cuando, tras la unificación de dos o más Estados, un tratado, vigente en la fecha de sucesión de Estados respecto de cualquiera de estos Estados, siga en vigor respecto del Estado surgido de la unificación, no se mantendrán las objeciones a una reserva formuladas por uno de esos Estados que, en la fecha de la sucesión, fuera un Estado contratante respecto del cual el tratado no estuviere en vigor.

2. Cuando, tras la unificación de dos o más Estados, el Estado sucesor sea Estado contratante o parte en un

tratado respecto del que haya mantenido las reservas [de conformidad con las directrices 5.1 y 5.2], no podrán mantenerse las objeciones a una reserva de otro Estado o de una organización internacional contratante o parte en el tratado que sea idéntica o equivalente a otra reserva que él mismo mantenga.

113. La expresión entre corchetes introduce una aclaración que no es indispensable. Bastaría quizás con vincular los respectivos párrafos 2 de las directrices 5.1 y 5.2, por una parte, y la directriz 5.11, por la otra, en el comentario de esta última.

B. Destino de las objeciones a las reservas del Estado predecesor

114. Sería difícil explicar por qué un Estado contratante o parte en un tratado habría de reiterar la objeción que hubiera formulado frente a una reserva del Estado predecesor aplicable al territorio comprendido en la sucesión de Estados. En consecuencia, parece imponerse la presunción de mantenimiento de las objeciones de un Estado contratante o parte en el tratado frente a las reservas del Estado predecesor que se consideren mantenidas por el Estado sucesor de conformidad con los respectivos párrafos 1 de las directrices 5.1 y 5.2¹⁴⁹.

115. La presunción de mantenimiento de las objeciones a las reservas del Estado predecesor mantenidas por el Estado sucesor también quedó respaldada en las opiniones de algunas delegaciones durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados¹⁵⁰. Así, el Japón indicó que podía aceptar el texto del proyecto de artículo 19, en la forma propuesta por la Comisión, en la inteligencia, sin embargo, de que «un Estado parte que [hubiera] objetado a la reserva inicial formulada por el Estado predecesor no necesita repetir la objeción respecto del Estado sucesor»¹⁵¹. La República Federal de Alemania manifestó una opinión similar y estimó que, en lo que respecta tanto a los Estados de reciente independencia como a los demás Estados sucesores, «[e]l Estado sucesor queda obligado *ipso jure* por la relación convencional individual creada por el Estado predecesor, incluidas las reservas y demás declaraciones hechas por dicho Estado y las objeciones al respecto formuladas por las demás partes en el tratado*»¹⁵².

116. Esta presunción, muy razonable, podría ser objeto de la directriz 5.12:

5.12 *Mantenimiento de las objeciones formuladas por otro Estado o por una organización internacional respecto de las reservas del Estado predecesor*

Cuando una reserva formulada por el Estado predecesor se considere mantenida por el Estado sucesor [de conformidad con las directrices 5.1 y 5.2], toda objeción

¹⁴⁹ En ese sentido, véase Gaja, *loc. cit.*, pág. 67.

¹⁵⁰ Véanse las intervenciones del Japón (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 28.ª sesión, párrs. 15 y 16) y la República Federal de Alemania (*ibíd.*, nota 27 *supra*, A/CONF.80/16/Add.1, 43.ª sesión, párr. 11).

¹⁵¹ *Ibíd.* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 28.ª sesión, párrs. 15 y 16.

¹⁵² *Ibíd.* (nota 27 *supra*), 43.ª sesión, párr. 11.

¹⁴⁷ Véanse los párrafos 35 y 54 *supra*.

¹⁴⁸ Véase el párrafo 58 *supra*.

frente a dicha reserva formulada por otro Estado contratante o parte en el tratado o por una organización internacional contratante o parte en el tratado se considerará mantenida respecto del Estado sucesor.

117. Una vez más¹⁵³, sería preferible que la expresión entre corchetes se incluyera —y explicara— en el comentario.

C. Reservas del Estado predecesor que no hayan suscitado objeciones antes de la fecha de la sucesión de Estados

118. También debe considerarse el caso de un Estado contratante o parte en un tratado que no formuló oportunamente objeciones frente a una reserva formulada por el Estado predecesor que, tras la sucesión de Estados, se considera mantenida por el Estado sucesor. Sería difícil explicar por qué tal aceptación tácita de la reserva podría ponerse en cuestión por el mero hecho de la sucesión de Estados. Por lo tanto, es importante excluir, en principio, la posibilidad de que un Estado contratante o parte en el tratado pueda formular objeciones, respecto del Estado sucesor, frente a una reserva contra la que no había objetado respecto del Estado predecesor.

119. No obstante, conviene dejar al margen el caso de una sucesión de Estados que se produce antes de que acabe el plazo durante el que un Estado contratante o parte en el tratado puede plantear objeciones frente a la reserva formulada por el Estado predecesor¹⁵⁴. En tal situación debe reconocerse ciertamente al Estado u organización internacional, contratantes o partes, la facultad de formular objeciones hasta la expiración de dicho plazo.

120. La Comisión podría así pues aprobar la siguiente directriz:

5.13 Reservas del Estado predecesor que no hayan suscitado objeciones

Cuando una reserva formulada por el Estado predecesor se considere mantenida por el Estado sucesor [de conformidad con las directrices 5.1 y 5.2], un Estado o una organización internacional contratante o parte en el tratado que no hayan formulado objeciones frente a la reserva respecto del Estado predecesor no estarán facultados para formularlas respecto del Estado sucesor, salvo cuando el plazo para presentar objeciones no haya expirado antes de la fecha de sucesión de Estados, y dentro de los límites de ese plazo.

121. Al igual que en directrices anteriores, sería preferible que la expresión entre corchetes se incluyera —y explicara— en el comentario.

D. Facultad del Estado sucesor de formular objeciones frente a reservas anteriores

122. El problema se hace más complejo cuando, en lugar de lo que ocurre con las objeciones anteriores a la

sucesión de Estados, lo que se examina es la posibilidad de que el *Estado sucesor* formule objeciones contra las reservas planteadas frente a un tratado en que pasa a ser parte a raíz de la sucesión de Estados. A este respecto hay que distinguir de nuevo dos situaciones diferentes que requieren soluciones también diferentes:

a) Por una parte, los casos en que el Estado sucesor es libre de suceder o no al predecesor en el tratado en cuestión y hace constar por medio de notificación su calidad de Estado contratante o, en su caso, parte en el tratado; y

b) Por la otra, los casos de «sucesión automática» en que el Estado sucesor «hereda» el tratado anterior, sin que se le invite a manifestar expresamente su consentimiento.

123. La primera hipótesis abarca a su vez dos situaciones distintas: la del Estado de reciente independencia que hace una notificación de sucesión¹⁵⁵ y la del Estado sucesor que no es de reciente independencia y hace constar mediante notificación su calidad de Estado contratante o parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor¹⁵⁶. En ambos casos el Estado tiene la posibilidad de decidir si será o no parte en el tratado, lo que permite tratar ambas hipótesis de manera conjunta.

124. El Sr. Waldock había examinado de pasada la cuestión en su tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados, donde afirmó que

si un Estado sucesor se convierte en parte no ya por sucesión, sino por un acto independiente en que manifiesta su consentimiento en obligarse, la lógica parece indicar que debería ser totalmente responsable de sus propias reservas, aceptaciones y objeciones, y que su relación con cualesquiera reservas, aceptaciones y objeciones de su predecesor debería ser igual a la de cualquier otra nueva parte en el tratado¹⁵⁷.

Parece lógico, en efecto, aplicar a las objeciones el mismo razonamiento sobre el que se sustentan los respectivos párrafos 2 de las directrices 5.1 y 5.2 para regular la formulación de reservas por el Estado sucesor: dado que en los casos previstos la sucesión en el tratado sólo se produce en virtud de un acto de voluntad del Estado sucesor (a saber, la notificación de la sucesión o, en el caso de Estados sucesores que no sean de reciente independencia, la notificación a tal efecto), el Estado sucesor debe ser libre de ajustar sus compromisos derivados del tratado, formulando no sólo reservas, sino también, si así lo desea, objeciones a las reservas de otros Estados, incluso antes de la fecha de su sucesión en el tratado¹⁵⁸.

125. Aunque la práctica sea poco frecuente, hay casos de Estados de reciente independencia que formulan objeciones nuevas en el momento de notificar su sucesión en un tratado. Así, por ejemplo, Fiji retiró las objeciones del Estado predecesor y formuló otras nuevas en la notificación de su sucesión en la Convención sobre la alta mar¹⁵⁹.

¹⁵³ Véase el párrafo 113 *supra*, en cuanto a una expresión similar entre corchetes de la directriz 5.11.

¹⁵⁴ Véase la directriz 2.6.13 (Plazo para formular una objeción) y su comentario, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124.

¹⁵⁵ Véanse los artículos 17 y 18 de la Convención de Viena de 1978.

¹⁵⁶ Véanse los artículos 32 y 36 de la Convención de Viena de 1978.

¹⁵⁷ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 51, párr. 2 del comentario del proyecto de artículo 9; véase también el párrafo 104 *supra*.

¹⁵⁸ En ese sentido, en relación con los Estados de reciente independencia, véase Gaja, *loc. cit.*, pág. 66.

¹⁵⁹ Véase la nota 140 *supra*.

126. De este modo, nada impide que los Estados de reciente independencia, y los demás Estados sucesores tratándose de un tratado que no estuviera en vigor para el Estado o Estados predecesores¹⁶⁰, formulen objeciones nuevas en el momento de hacer constar, mediante una notificación en el sentido de los respectivos párrafos 2 de las directrices 5.1 o 5.2, su calidad de Estados contratantes o partes en el tratado en cuestión.

127. Como propuso el Sr. Waldock en su tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados, esta facultad debe sin embargo tener un límite: el párrafo 3 del proyecto de artículo 9, que establecía el principio de asimilación del régimen de las objeciones al de las reservas, incluía un apartado *b* que decía así:

Sin embargo, en el caso de un tratado que se rija por el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena, el nuevo Estado no podrá formular objeciones a las reservas que hayan sido aceptadas por todas las partes en el tratado¹⁶¹.

128. Con esta excepción se pretende evitar que el Estado sucesor, al formular una objeción, obligue al Estado autor de la reserva a retirarse del tratado y también se ajusta a la directriz 2.8.2 (Aceptación unánime de las reservas):

Cuando una reserva necesite la aceptación unánime de todos los Estados u organizaciones internacionales que sean partes en el tratado o que estén facultados para llegar a serlo, o de algunos de ellos, tal aceptación, una vez obtenida, será definitiva¹⁶².

129. Esta excepción está recogida en el párrafo 3 de la directriz 5.14, que podría redactarse de la siguiente manera:

5.14 *Facultad de un Estado sucesor de formular objeciones a las reservas*

1. Al realizar una notificación de sucesión haciendo constar su calidad de Estado contratante o parte en un tratado, un Estado de reciente independencia podrá, en las condiciones previstas por las directrices pertinentes de la Guía de la práctica y con sujeción al párrafo 3 de la presente directriz, plantear objeciones a las reservas formuladas por un Estado u organización internacional parte o contratante en el tratado, aun cuando el Estado predecesor no hubiera formulado objeciones.

2. La facultad prevista en el párrafo 1 se reconocerá igualmente al Estado sucesor que no sea de reciente independencia cuando realice una notificación haciendo constar su calidad de Estado contratante o parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estuviera en vigor para el Estado predecesor pero respecto del que dicho Estado predecesor fuere contratante.

¹⁶⁰ Al igual que en las situaciones previstas en el párrafo 2 de la directriz 5.2 y en el proyecto de directriz 5.8 (véanse los párrafos 53 o 96 *supra*) debe entenderse que, en caso de unificación de dos o más Estados, el concepto de «Estado predecesor» puede comprender tanto a cualquiera de los Estados predecesores como a varios de ellos.

¹⁶¹ *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 50; véase también la justificación de esta propuesta, en *ibíd.*, pág. 56, párr. 17 del comentario del proyecto de artículo 9.

¹⁶² *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), texto de la directriz y comentario, párr. 84.

3. La facultad reconocida en los párrafos anteriores quedará, sin embargo, excluida cuando se trate de tratados a los que les sean aplicables las directrices 2.8.2 y [4.X.X]¹⁶³.

130. La somera referencia del párrafo 1 de la presente directriz a «las condiciones previstas por las directrices pertinentes de la Guía de la práctica» se justifica porque sería difícil, si no imposible, incluir en el proyecto una lista exhaustiva de todas las directrices aplicables a la formulación de objeciones, lo que por el contrario sí puede hacerse en el comentario.

131. La directriz 5.14 no será aplicable a un Estado sucesor que no sea de reciente independencia cuando, tras una unificación o separación de Estados, el tratado siga en vigor respecto del Estado sucesor en el marco de una sucesión que pueda calificarse de «automática», es decir, cuando el tratado siga en vigor, tras la sucesión de Estados, respecto del Estado sucesor que no sea de reciente independencia sin que su participación implique una manifestación de su consentimiento. Según la parte IV de la Convención de Viena de 1978, tal situación se producirá, en principio, respecto del Estado surgido de la unificación de dos o más Estados, cuando se trate de tratados que en la fecha de la sucesión de Estados estuvieran en vigor respecto de cualquiera de los Estados predecesores¹⁶⁴. Lo mismo ocurre con el Estado surgido de una separación de Estados en lo que respecta a los tratados que en la fecha de la sucesión de Estados estuvieran en vigor en la totalidad del territorio del Estado predecesor, así como a los que lo estuvieran únicamente en la parte del territorio del Estado predecesor que corresponda al territorio del Estado sucesor¹⁶⁵. Dado que en estos casos la sucesión en el tratado no depende de una manifestación de voluntad por parte del Estado surgido de la unificación o la separación, este Estado heredará todos los derechos y obligaciones del Estado predecesor en virtud del tratado¹⁶⁶, incluidas las objeciones (o la falta de objeciones) que hubiese formulado (o no) dicho Estado predecesor respecto de una reserva a dicho tratado. Por lo demás, no parece que Estados sucesores que no sean de reciente independencia hayan reivindicado esta facultad¹⁶⁷.

132. Como ya se ha dicho,

[c]uando [...] se considera que la sucesión es automática, debe excluirse la admisibilidad de las objeciones por parte del Estado sucesor. [...] Si el Estado predecesor había aceptado la reserva, ese consentimiento no puede ser revocado ulteriormente por el mismo Estado o por su sucesor¹⁶⁸.

133. Como en la directriz 5.13 (Reservas del Estado predecesor que no hayan suscitado objeciones), también

¹⁶³ En lugar de los corchetes habrá que insertar el número de la directriz de la Guía de la práctica que reproduzca el párrafo 2 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

¹⁶⁴ Art. 31.

¹⁶⁵ Art. 34.

¹⁶⁶ Véase el párrafo 49 *supra*.

¹⁶⁷ El memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*) tampoco menciona ningún caso en que un Estado sucesor surgido de la unificación o la separación de Estados haya formulado objeciones a reservas a que el Estado predecesor no hubiera objetado.

¹⁶⁸ Gaja, *loc. cit.*, pág. 67.

aquí conviene dejar al margen el caso de una sucesión de Estados que se produce antes de que acabe el plazo durante el que el Estado predecesor podía plantear objeciones frente a la reserva formulada por un Estado contratante o parte en el tratado. En tal situación, parece justificado reconocer al Estado sucesor la facultad de formular objeciones a la reserva hasta la expiración de dicho plazo¹⁶⁹.

134. En vista de lo anterior, el Relator Especial propone que la Comisión apruebe la directriz 5.15:

5.15 *Objeciones de un Estado sucesor que no sea de reciente independencia respecto del que siga en vigor un tratado*

Un Estado sucesor que no sea de reciente independencia respecto del que siga en vigor un tratado después de una sucesión de Estados no estará facultado para formular objeciones frente a una reserva contra la que el Estado predecesor no hubiese objetado, salvo cuando el plazo para presentar objeciones no haya expirado antes de la fecha de sucesión de Estados, y dentro de los límites de ese plazo.

E. Objeciones a las reservas formuladas por el Estado sucesor

135. Aunque pueda resultar obvio, parece conveniente que, en aras de la exhaustividad, la Comisión apruebe una última directriz relativa a las objeciones a las reservas en el contexto de una sucesión de Estados, recordando el hecho evidente de que cuando el Estado sucesor formula una reserva en caso de sucesión de Estados, los Estados y las organizaciones internacionales contratantes podrán plantear objeciones en las condiciones previstas en los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, recogidas y matizadas en la Guía de la práctica¹⁷⁰.

136. La directriz podría redactarse en los siguientes términos:

5.16 *Objeciones a las reservas del Estado sucesor*

Todo Estado u organización internacional contratante podrá plantear objeciones a las reservas formuladas por un Estado sucesor en las condiciones previstas por las directrices pertinentes de la Guía de la práctica.

137. Es preciso observar que la fórmula «todo Estado [...] contratante» utilizada en esta directriz también debe abarcar, en su caso, al Estado predecesor, si es que siguiera existiendo.

138. Como en la directriz 5.14, la somera referencia a «las condiciones previstas por las directrices pertinentes de la Guía de la práctica» se justifica porque sería difícil, si no imposible, incluir en la directriz una lista exhaustiva de todas las directrices aplicables a la formulación de objeciones, lo que por el contrario sí puede hacerse en el comentario.

¹⁶⁹ Véase la nota 154 *supra*.

¹⁷⁰ Véase la nota 168 *supra*.

F. Aceptaciones de reservas

139. En el contexto de la sucesión de Estados, la aceptación de reservas sólo plantea problemas respecto del destino de las aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor. En efecto, por un lado no hay ningún motivo para poner en duda el derecho del Estado sucesor a aceptar expresamente una reserva formulada, antes de la fecha de la sucesión en el tratado¹⁷¹, por un Estado o una organización internacional parte o contratante: es evidente que el Estado sucesor puede hacer uso de esta facultad que, según la directriz 2.8.3¹⁷², puede ser ejercida por todo Estado en cualquier momento. En opinión del Relator Especial, este aspecto puede aclararse en el comentario sin necesidad de dedicarle una directriz específica. Por otro lado, el destino de la aceptación tácita por un Estado predecesor que no hubiera formulado oportunamente objeciones a una reserva antes de la fecha de la sucesión de Estados está regulado en las directrices 5.14¹⁷³ y 5.15¹⁷⁴ propuestas en el presente informe.

140. Al igual que ocurre con las reservas y las objeciones, la cuestión del destino de las aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor requiere soluciones diferentes, al menos parcialmente, dependiendo de que la sucesión en el tratado se produzca en virtud de una notificación del Estado sucesor o tenga lugar *ipso jure*.

141. Como ya se ha recordado en varias ocasiones en el presente informe, en el caso de los Estados de reciente independencia la sucesión se produce en virtud de una notificación de sucesión¹⁷⁵. En este contexto, el artículo 20, párr. 1, de la Convención de Viena de 1978, reproducido en el párrafo 1 de la directriz 5.1 propuesta en el presente informe¹⁷⁶, establece la presunción de mantenimiento de las reservas del Estado predecesor por el Estado de reciente independencia, a menos que este último, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que la reserva del Estado predecesor. En opinión del Relator Especial, aunque aparentemente no exista práctica en materia de aceptación expresa de reservas en relación con la sucesión de Estados, la lógica impone que la presunción del mantenimiento de las reservas se aplique también a las aceptaciones expresas.

142. La analogía también parece pertinente en relación con la facultad que debe reconocerse al Estado de reciente independencia de expresar su intención de no mantener una aceptación expresa formulada por el Estado predecesor respecto de una reserva. Tal facultad no constituye una excepción a la norma general del carácter definitivo de la aceptación de una reserva enunciada en la

¹⁷¹ La aceptación expresa por un Estado sucesor de una reserva formulada después de la fecha de la sucesión en el tratado se rige, en cambio, por el régimen general de las aceptaciones y no requiere un tratamiento específico en el marco de la sucesión de Estados en los tratados.

¹⁷² *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), texto de la directriz y comentario, párr. 84.

¹⁷³ Véase el párrafo 129 *supra*.

¹⁷⁴ Véase el párrafo 134 *supra*.

¹⁷⁵ Véanse, en particular, las directrices 5.1 y 5.2 y los párrafos 40 y 51 *supra*.

¹⁷⁶ Véase el párrafo 35 *supra*.

directriz 2.8.12¹⁷⁷: el carácter voluntario de la sucesión en el tratado por el Estado de reciente independencia justifica esta aparente excepción, al igual que justifica la facultad de dicho Estado de formular nuevas reservas al notificar su sucesión en el tratado, reconocida en el artículo 20, párr. 2, de la Convención de Viena de 1978¹⁷⁸, o su facultad de presentar objeciones a reservas formuladas antes de la fecha de la notificación de sucesión, reconocida en la directriz 5.14 propuesta en el presente informe¹⁷⁹.

143. No obstante, se plantea la cuestión del plazo en que el Estado de reciente independencia puede expresar su intención de no mantener una aceptación expresa del Estado predecesor. El artículo 20, párr. 1, de la Convención de Viena de 1978 exige que el Estado de reciente independencia exprese su intención de no mantener una reserva del Estado predecesor cuando notifique su sucesión en el tratado. ¿Es aplicable esa misma exigencia a la falta de mantenimiento de una aceptación expresa? La lógica induce a pensar que en este caso debe aplicarse por analogía la solución adoptada respecto de la formulación por un Estado de reciente independencia de una objeción a una reserva formulada antes de la fecha de la notificación de sucesión¹⁸⁰. Efectivamente, por lo que respecta a sus posibles efectos, la falta de mantenimiento de una aceptación expresa parece en gran medida equiparable a la formulación de una nueva objeción. A este respecto, la directriz 5.14¹⁸¹, relativa a las objeciones formuladas por un Estado sucesor, se limita a remitir a las «condiciones previstas por las directrices pertinentes de la Guía de la práctica», lo que incluye la condición temporal enunciada en el artículo 20, párr. 5, de la Convención de Viena de 1969, reproducida en la directriz 2.6.13¹⁸². En los casos de objeción de un Estado de reciente independencia a una reserva formulada antes de la fecha de su notificación de sucesión, la aplicación de la norma general implica que ese Estado debe formular tal objeción en un plazo de 12 meses a partir de la fecha de la notificación de sucesión. No obstante, aunque no sea posible hacer una mera remisión a normas generales para responder a la cuestión del mantenimiento o no por el Estado sucesor de una aceptación expresa de una reserva formulada por el Estado predecesor (cuestión que no se plantea fuera de los casos de sucesión de Estados), no hay ningún motivo para no aplicar la misma solución *mutatis mutandis*. En consecuencia, conviene redactar la directriz 5.16 *bis*, relativa al mantenimiento por un Estado de reciente independencia de las aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor, sobre la base de la norma aplicable a la formulación de una objeción por el Estado sucesor y, a tal fin, fijar en 12 meses el plazo durante el cual el Estado

de reciente independencia estará facultado para manifestar su intención de no mantener una aceptación expresa formulada por el Estado predecesor.

144. La intención de un Estado de reciente independencia en tal sentido podría manifestarse bien mediante el retiro explícito de la aceptación expresa formulada por el Estado predecesor, bien mediante la formulación de una objeción a la reserva expresamente aceptada por el Estado predecesor con un contenido incompatible, total o parcialmente, con esa aceptación.

145. A la luz de estas consideraciones, se podría incluir en la Guía de la práctica una directriz 5.16 *bis* redactada de la siguiente manera:

5.16 bis *Mantenimiento por un Estado de reciente independencia de aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor*

Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de Estado contratante o parte en un tratado multilateral, se entenderá que mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización internacional contratante, a menos que exprese la intención contraria en un plazo de doce meses a partir de la fecha de la notificación de sucesión.

146. Por lo que respecta, en cambio, a los Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia, esta cuestión requiere soluciones diferentes dependiendo de que la sucesión se produzca *ipso jure* o en virtud de una notificación. Como ya se ha indicado en el presente informe, el primer supuesto se plantea, en los casos de unificación o separación de Estados, respecto de los tratados que estaban en vigor para el Estado predecesor en la fecha de la sucesión de Estados y que siguen estándolo para el Estado sucesor¹⁸³. En tal hipótesis, la directriz 5.15 propuesta más arriba¹⁸⁴ establece que el Estado sucesor no está facultado para formular objeciones a una reserva contra la que el Estado predecesor no hubiese objetado oportunamente. El Estado sucesor tampoco estará facultado, *a fortiori*, para cuestionar una aceptación expresa formulada por el Estado predecesor.

147. En cambio, la situación es distinta en los casos en que la sucesión en un tratado sólo se produce, respecto de los Estados surgidos de una unificación o separación de Estados, en virtud de una notificación en tal sentido: así ocurre con los tratados que en la fecha de la sucesión de Estados no estaban en vigor para el Estado predecesor pero en los que éste era Estado contratante. En esta hipótesis, al igual que en la formulación de nuevas reservas¹⁸⁵ y nuevas objeciones¹⁸⁶, se debe reconocer a esos otros Estados sucesores la misma facultad de que gozan

¹⁷⁷ Para el comentario de esta directriz, véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

¹⁷⁸ Véase también la directriz 5.1, párr. 2, propuesta en el presente informe (párr. 35 *supra*).

¹⁷⁹ Véase el párrafo 129 *supra*.

¹⁸⁰ Véase la nota precedente.

¹⁸¹ Véase la nota 179 *supra*.

¹⁸² Véase la directriz y su comentario en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124. La directriz 2.6.13 establece: «A menos que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional podrá formular una objeción a una reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o hasta la fecha en que ese Estado o esa organización internacional haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior».

¹⁸³ Párr. 49 *supra*.

¹⁸⁴ Párr. 134 *supra*.

¹⁸⁵ Véase el artículo 20, párr. 2, de la Convención de Viena de 1978, así como el párrafo 2 de la directriz 5.1 propuesta en el presente informe (párr. 35 *supra*).

¹⁸⁶ Véase la directriz 5.14, párr. 1, propuesta en el presente informe (párr. 129 *supra*).

los Estados de reciente independencia de conformidad con la directriz 5.16 *bis supra*.

148. Así pues, la directriz 5.17 podría quedar redactada de la siguiente manera:

5.17 *Mantenimiento por un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia de aceptaciones expresas formuladas por el Estado predecesor*

Se considerará que un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia, y respecto del cual un tratado permanezca en vigor tras una sucesión de Estados, mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización internacional contratante.

Cuando un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación, su calidad de Estado contratante o parte en un tratado que, en la fecha de la sucesión de Estados, no estaba en vigor para el Estado predecesor pero en el que ese Estado era Estado contratante, se entenderá que mantiene toda aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización internacional contratante, a menos que exprese la intención contraria en un plazo de doce meses a partir de la fecha de la notificación de sucesión.

149. Una cuestión accesoria es la relativa a la eficacia *ratione temporis* de la falta de mantenimiento por un Estado sucesor de una aceptación expresa de una reserva por el Estado predecesor. En este aspecto no hay ningún motivo para apartarse de la solución adoptada en la directriz 5.7 propuesta en el presente informe¹⁸⁷, relativa a la eficacia temporal de la falta de mantenimiento por el Estado sucesor de una reserva formulada por el Estado predecesor.

150. En consecuencia, cabe proponer una directriz 5.18 redactada de la siguiente manera:

5.18 *Eficacia temporal de la falta de mantenimiento por el Estado sucesor de una aceptación expresa formulada por el Estado predecesor*

La falta de mantenimiento [, de conformidad con las directrices 5.16 *bis* y 5.17, párrafo 2,] por el Estado sucesor de una aceptación expresa por el Estado predecesor de una reserva formulada por un Estado contratante o una organización internacional contratante surtirá efecto respecto de un Estado contratante o una organización internacional contratante cuando ese Estado u organización haya recibido la notificación.

¹⁸⁷ Párr. 85 *supra*.

CAPÍTULO III

Declaraciones interpretativas

151. La sucesión de Estados en los tratados también puede suscitar algunas cuestiones en relación con las declaraciones interpretativas, a las que ni la Convención de Viena de 1978 ni las Convenciones de Viena de 1969 o 1986 hacen referencia.

152. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la República Federal de Alemania había propuesto una enmienda con miras a ampliar el alcance del artículo 20, única disposición de la Convención de Viena de 1978 en que se mencionaba el destino de las reservas¹⁸⁸. La enmienda tenía por objeto que, antes de la reglamentación sobre las reservas propuesta por la Comisión, se añadiera la indicación de que «toda declaración hecha o todo instrumento extendido en relación con el tratado con motivo de su celebración o firma por el Estado predecesor seguirá surtiendo efecto para el Estado de reciente independencia»¹⁸⁹. La República Federal de Alemania retiró ulteriormente esta propuesta de enmienda que, por diversos motivos, había suscitado objeciones de varias delegaciones¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Párr. 4 *supra*.

¹⁸⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados...* (nota 26 *supra*), A/CONF.80/16, 28.ª sesión; y A/CONF.80/14, párr. 118, b) (reproducido en *ibíd.*, A/CONF.80/16/Add.2).

¹⁹⁰ *Ibíd.*, A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párr. 73 (Argelia, que estimaba que la enmienda propuesta parecía poner en tela de juicio el principio de la libre determinación); párr. 78 (Polonia, que consideraba que

153. Habida cuenta del silencio de la Convención en este ámbito, se plantean dos cuestiones: la primera se refiere al destino de las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado predecesor; la segunda consiste en determinar si el propio Estado sucesor está facultado para formular declaraciones interpretativas cuando se produce su sucesión en el tratado, o después de ésta. Tanto en un caso como en otro, conviene tener presente que, de conformidad con las disposiciones de la directriz 2.4.3:

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 y 2.4.7, una declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento¹⁹¹.

154. La práctica no ofrece ninguna respuesta a la cuestión del destino de las declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados en un tratado. Además, las declaraciones interpretativas se caracterizan por su extrema diversidad, tanto en lo que respecta a su naturaleza intrínseca como en lo relativo a sus posibles efectos. Son precisamente estos factores los que explican, al menos en parte, que la regulación de las declaraciones

la enmienda no era clara); párr. 87 (Madagascar, que estimaba que la redacción de la enmienda tenía «un alcance demasiado general»); párr. 90 (Guyana); y párr. 95 (Italia, que consideraba que la redacción de la enmienda era muy «enérgica y poco flexible»).

¹⁹¹ Las directrices 1.2.1 y 2.4.7 se refieren a las declaraciones interpretativas condicionales, que al parecer deben seguir el régimen jurídico aplicable a las reservas. La directriz 2.4.6 se refiere a la formulación tardía de una declaración interpretativa cuando un tratado disponga que tal declaración únicamente puede hacerse en momentos determinados, y esa norma especial prevalece entonces sobre la norma general.

interpretativas en la Guía de la práctica sea poco detallada. En estas circunstancias, la Comisión deseará sin duda proceder con prudencia y pragmatismo.

155. Así, la Comisión podría limitarse a sugerir a los Estados que aclaren, en la medida de lo posible, su posición sobre el destino de las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado predecesor. Debe reconocerse, asimismo, que existen situaciones en las cuales, a falta de una posición explícita del Estado sucesor, el comportamiento de éste permitiría dilucidar si se adhiere o no a una declaración interpretativa formulada por el Estado predecesor. En tales casos, ese comportamiento bastaría para determinar el destino de las declaraciones interpretativas del Estado predecesor.

156. Si se formula en términos generales, una directriz sobre esta cuestión podría abarcar todos los casos de sucesión. Así pues, la Comisión podría incluir en la Guía de la práctica la siguiente directriz 5.19:

5.19 *Aclaración sobre el destino de las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado predecesor*

Un Estado sucesor debería aclarar, en la medida de lo posible, su posición respecto del destino de las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado predecesor.

El párrafo primero se entenderá sin perjuicio de las situaciones en que el Estado sucesor haya manifestado, mediante su comportamiento, su intención de mantener o

rechazar una declaración interpretativa formulada por el Estado predecesor.

157. La directriz 5.19 está formulada en forma de recomendación. La Comisión ha considerado en varias ocasiones que ese proceder es adecuado en el marco de una Guía de la práctica que no tiene por objeto convertirse en un texto convencional¹⁹². En este caso lo es más aún, ya que, al no existir disposiciones convencionales expresas, los Estados gozan de una gran libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad y el momento de formular tales declaraciones.

158. La segunda cuestión que conviene mencionar en relación con las declaraciones interpretativas se refiere a la facultad del Estado sucesor de formular una declaración interpretativa, incluida una declaración no formulada por el Estado predecesor. No cabe duda de que la existencia de esta facultad se deriva directamente de la directriz 2.4.3, según la cual, salvo ciertas excepciones, una declaración interpretativa puede ser formulada en cualquier momento¹⁹³. Pues bien, no parece haber motivos válidos para privar a ningún Estado sucesor de una facultad de la que el Estado predecesor podría haber hecho uso en cualquier momento. El Relator Especial no considera necesario dedicar una directriz a esta cuestión, que puede aclararse en el comentario de la directriz 5.19.

¹⁹² Véanse, en particular, las directrices 2.1.9, 2.4.0, 2.4.3 *bis*, 2.6.10 y 2.9.3.

¹⁹³ Véase también el párrafo 153 *supra*. Para el comentario de la directriz 2.4.3, véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 205.

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/621

Documento sobre recursos naturales compartidos: viabilidad del trabajo futuro en materia de petróleo y gas, del Sr. Shinya Murase

[Original: inglés]
[9 de marzo de 2010]

ÍNDICE

	Página
Obras citadas en el presente documento	83
	Párrafos
INTRODUCCIÓN.....	1-2 84
<i>Capítulo</i>	
I. RESPUESTAS Y OBSERVACIONES DE LOS GOBIERNOS.....	3-12 84
A. Diferencia esencial entre los acuíferos y el petróleo y el gas	6 85
B. La cuestión del carácter bilateral	7 85
C. Delimitación de fronteras.....	8 85
D. Dudas sobre la conveniencia de la codificación	9 85
E. Sensibilidad política y dificultades técnicas	10-12 85
II. RECOMENDACIÓN.....	13-17 86

Obras citadas en el presente documento

ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

«Joint development of non-living resources in the Exclusive Economic Zone», *Report of the Sixty-third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, Londres, 1988, págs. 509 a 558.

CHARNEY, Jonathan I. y Lewis M. ALEXANDER (eds.)

International Maritime Boundaries, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993-1996.

FOX, Hazel y OTROS (eds.)

Joint development of offshore oil and gas: a model agreement for States for joint development with explanatory commentary, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1989.

Joint development of offshore oil and gas. The Institute's revised model agreement, vol. 2, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1990.

MURASE, Shinya

Elaboración de normas del derecho internacional, Tokio, Toshindo, 2002 (en japonés).

MURASE, Shinya y Junichi Etō (eds.)

Derecho internacional de delimitación de las fronteras marítimas, Tokio, Toshindo, 2002 (en japonés).

RAMCHARAN, B. G.

The International Law Commission. Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1977.

SZÉKELY, Alberto y OTROS

«Transboundary hydrocarbon resources: the Puerto Vallarta draft treaty», *Natural Resources Journal*, vol. 31 (3), tercer trimestre de 1991, págs. 609 a 652.

Introducción

1. En su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Recursos naturales compartidos» y nombró al Sr. Chusei Yamada Relator Especial sobre esta cuestión¹. Se estableció un grupo de trabajo para ayudar al Relator Especial a esbozar la orientación general del tema a la luz del esquema general preparado en 2000². El Relator Especial propuso abordar gradualmente la cuestión de las aguas subterráneas, el petróleo y el gas transfronterizos, empezando por las aguas subterráneas transfronterizas³. En su 60.º período de sesiones, celebrado en 2008, la Comisión aprobó en segunda lectura un preámbulo y un proyecto de 19 artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, con la recomendación de que la Asamblea General tomara en consideración, entre otras cosas, la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos⁴.

2. En el 59.º período de sesiones, en 2007, el Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos, presidido por el Sr. Enrique Candioti, debatió el tema de los recursos de petróleo y gas sobre la base del cuarto informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas

fronterizas⁵ presentado por el Relator Especial, Sr. Chusei Yamada. Además de determinar que el derecho de los acuíferos transfronterizos debía abordarse independientemente de las cuestiones relativas al petróleo y el gas, la Comisión decidió pedir a la Secretaría que distribuyera a los gobiernos un cuestionario sobre el tema, preparado por el Grupo de Trabajo⁶. En el 61.º período de sesiones, en 2009, el Grupo de Trabajo deliberó sobre la viabilidad de cualquier labor futura de la Comisión en lo relativo a los recursos petrolíferos y de gas, sobre la base de un documento de trabajo sobre el petróleo y el gas⁷ elaborado por el Sr. Yamada antes de presentar su dimisión como miembro de la Comisión. El Grupo de Trabajo decidió volver a distribuir el cuestionario de 2007 y confiar al Sr. Shinya Murase la responsabilidad de preparar un estudio en el que se determinaría la viabilidad de una labor futura de la Comisión en lo relativo a los recursos de petróleo y gas tras el análisis de las respuestas escritas de los gobiernos y sus comentarios y observaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como de otros elementos pertinentes⁸. El presente documento de trabajo se presenta en cumplimiento de esa solicitud.

¹ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párrs. 518 y 519.

² *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 149.

³ *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 100, párr. 377.

⁴ Véase la resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo.

⁵ *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/580.

⁶ *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), págs. 67 y ss., párrs. 161 a 183.

⁷ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/608.

⁸ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 187 a 193.

I. Respuestas y observaciones de los gobiernos

3. La Comisión recibió 39 respuestas de los gobiernos, 19 de las cuales abordaban la cuestión de la viabilidad de una labor futura de la Comisión en el ámbito del petróleo y el gas⁹. Además, varios representantes de gobiernos presentaron declaraciones sobre el tema ante la Sexta Comisión¹⁰. A partir de estas respuestas por escrito y de las declaraciones orales —46 en total— es evidente que las actitudes de los Estados difieren sustancialmente en lo que respecta a si conviene o no que la Comisión emprenda trabajos adicionales sobre el petróleo y el gas. Aunque algunos Estados consideran que la Comisión debería emprender esa labor, la mayor parte opinó que no debería hacerlo. Otros Estados adoptaron una posición intermedia, recomendando un enfoque prudente.

4. El primer grupo de Estados consideró que la Comisión debería abordar las cuestiones relativas al petróleo y el gas¹¹. Se dijo que existían similitudes entre

las aguas subterráneas y el petróleo y el gas, no sólo desde un punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista geológico, y que, si bien convenía adoptar un enfoque prudente, los mismos principios jurídicos generales parecían aplicarse a ambos casos. También se manifestó que aunque hubiera ciertas diferencias entre las aguas subterráneas y el petróleo y el gas, eso no necesariamente justificaba un enfoque diferenciado en lo relativo a las sustancias gaseosas y las sustancias líquidas distintas de las aguas subterráneas. Según este punto de vista, el hecho de que se aplicaran normas diferentes al petróleo y el gas no hacía necesaria la formulación de un marco jurídico diferente para el petróleo y el gas; se podían incluir normas especiales para los acuíferos en un marco jurídico común para los recursos naturales compartidos; y el examen simultáneo de las normas del derecho internacional relativas a todos esos recursos mejoraría la calidad jurídica del nuevo marco jurídico internacional. Varios otros Estados consideraron que la Comisión debería elaborar unas normas generales sobre los recursos naturales transfronterizos, ya fueren acuíferos o de petróleo y gas, al tiempo que recordaron cautelosamente que esas normas no se debían considerar en forma aislada del tema de la delimitación de las fronteras marítimas, que requeriría un estudio detenido y un tratamiento meticuloso, y que ese tema por lo general estaba regulado por acuerdos bilaterales. No obstante, los Estados que estaban a favor de abordar la cuestión del petróleo y el gas presentaron una minoría entre los Estados que se refirieron al tema.

⁹ *Ibíd.*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/607 y Add.1. También se recibieron respuestas de otros tres Estados en enero y febrero de 2010.

¹⁰ Véanse los comentarios y observaciones de los Estados en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 22.ª, 24.ª y 25.ª (A/C.6/62/SR.22, 24 y 25); *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 16.ª a 18.ª (A/C.6/63/SR.16 a 18); e *ibíd.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 17.ª, 18.ª y 20.ª a 23.ª (A/C.6/64/SR.17, 18 y 20 a 23).

¹¹ En el presente documento de trabajo se hacen referencias a los comentarios para indicar una tendencia general en las opiniones de los Estados, sin la intención de presentarlos de manera exhaustiva.

5. El segundo grupo de Estados, que constituyó una clara mayoría, afirmó que el tema del petróleo y el gas no debía ser abordado por la Comisión. Las razones que citaron esos Estados, aunque muy variadas, tenían en común los siguientes aspectos: *a)* la cuestión del petróleo y el gas es esencialmente diferente de la de las aguas subterráneas; *b)* está estrechamente relacionada con los intereses bilaterales de los Estados afectados; *c)* no puede separarse de la delimitación de fronteras; *d)* no es susceptible de codificación, y *e)* exige sensibilidad política y entraña dificultades técnicas. Desde luego, algunas de estas razones se relacionan estrechamente, pero aquí se diferencian en aras de la conveniencia, a fin de señalar una tendencia general en las opiniones de los Estados.

A. Diferencia esencial entre los acuíferos y el petróleo y el gas

6. Varios Estados opinaron que las aguas subterráneas debían considerarse por separado de los depósitos de petróleo y gas, aun cuando algunos factores geológicos pudieran sugerir la posibilidad de tratar los dos recursos conjuntamente. Un enfoque geológico tan limitado soslayaría o subestimaría las implicaciones sociales y económicas, que diferían sustancialmente si se trataba de aguas subterráneas, por un lado, o de petróleo y gas, por el otro. Asimismo, se consideró importante distinguir las características físicas o geológicas del petróleo y el gas de la evaluación jurídica de esos recursos.

B. La cuestión del carácter bilateral

7. Muchos Estados consideraron que la cuestión del petróleo y el gas se relacionaba con los intereses bilaterales esenciales de los Estados afectados y que no sería apropiado ni necesario tratar de codificar unas normas generales. Se señaló que era una cuestión que debía resolverse mediante una negociación entre los Estados afectados, pues el tema ya estaba bien regulado por principios del derecho internacional y los Estados lo abordaban sobre una base bilateral. No se consideró conveniente abordar la labor relativa al petróleo y el gas, que revestían una gran importancia estratégica, económica y para el desarrollo. Asimismo, se indicó que durante varios años las cuestiones específicas y complejas relacionadas con las reservas transfronterizas de petróleo y gas se habían abordado de manera adecuada en el marco de la cooperación bilateral y de disposiciones pactadas entre las partes, por lo cual no parecían estar causando problemas insuperables en la práctica.

C. Delimitación de fronteras

8. Algunos Estados opinaron que la Comisión no debería abordar el tema del petróleo y el gas porque en muchos casos estaría ligado a cuestiones relacionadas con la delimitación de las fronteras marítimas. Se hizo hincapié en que el desarrollo, la explotación y la ordenación del petróleo y el gas transfronterizos suponían naturalmente la delimitación de las fronteras territoriales y/o marítimas entre dos o más Estados y, por lo tanto, requerían un criterio basado en las circunstancias de cada caso. En particular, se subrayó que la Comisión debía abstenerse de examinar cuestiones relacionadas con la delimitación de las fronteras marítimas, pues la Convención sobre el Derecho del Mar¹²

estipulaba sin lugar a dudas que la delimitación marítima era un asunto que debía ser abordado por los Estados afectados: en las áreas en donde los Estados todavía no habían resuelto de manera definitiva las reclamaciones de derecho marítimo, la cuestión de determinar si los recursos petrolíferos y de gas se compartían o no y de qué manera estaba inextricablemente ligada a la resolución de esas reclamaciones. Además, los acuerdos de delimitación resultantes a menudo contenían disposiciones que contemplaban la explotación conjunta de los depósitos de petróleo y gas que se encontraran a ambos lados de la frontera acordada. Esos mecanismos bilaterales vigentes constituían la mejor manera para los Estados de avanzar en la ordenación de las reservas compartidas de petróleo y gas.

D. Dudas sobre la conveniencia de la codificación

9. Varios Estados expresaron dudas sobre si el tema se prestaba o no para emprender una codificación. Muchos Estados manifestaron la opinión de que la cuestión del petróleo y el gas no entraba en el ámbito de competencia del derecho internacional consuetudinario y debía ser abordada mediante la cooperación y la negociación entre los Estados afectados, y señalaron que la codificación no sería ni oportuna ni realista. Según otros Estados, el tema no estaba suficientemente maduro como para ser objeto de codificación, o no se prestaba a ser codificado por la Comisión. Algunos Estados no estaban convencidos de que una labor adicional de codificación por la Comisión en este tema pudiera sumar valor alguno, pues era posible que generara más complejidad y confusión. Consideraron que no sería útil ni conveniente que la Comisión estudiara más a fondo esta cuestión o que intentara deducir ciertas normas del derecho internacional consuetudinario sobre la base de la muy limitada práctica pertinente. También se adujo que la Comisión no estaba facultada para examinar los aspectos ambientales de los combustibles fósiles y los hidrocarburos en el contexto del tema. Asimismo, se afirmó que varios estudios científicos y jurídicos habían indicado la imposibilidad de formular normas universales en esa área, que no tenía aspectos que se pudieran beneficiar de una mayor elaboración en el contexto de la labor de la Comisión. Como la práctica pertinente era de carácter bilateral y contextual, era mejor aplicarla en las negociaciones bilaterales entre los Estados interesados que en un proceso progresivo de desarrollo del derecho internacional y su codificación.

E. Sensibilidad política y dificultades técnicas

10. Varios Estados señalaron que el petróleo y el gas constituían un tema complejo que había dado lugar a considerables dificultades de naturaleza política o técnica. También se subrayó que la Comisión debería tener en cuenta la complejidad y la delicadeza del asunto. Se afirmó que convendría que la Comisión obrara con cautela en este ámbito. Los Estados y las industrias tenían importantes intereses económicos y políticos en juego en la asignación y regulación de los recursos de petróleo y gas, y era probable que cualquier propuesta de la Comisión generara gran controversia. Asimismo, se recaló que la cuestión del petróleo y el gas transfronterizos entrañaba datos extremadamente técnicos y asuntos sumamente delicados desde el punto de vista político, así como la cuestión de la soberanía de los Estados.

¹² Firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n.º 31363, pág. 3).

11. En resumen, numerosos Estados consideraron que la cuestión del petróleo y el gas era de carácter esencialmente bilateral, y además sumamente político o técnico, pues incluía situaciones regionales diversas. Manifestaron dudas con respecto a la necesidad de que la Comisión iniciara cualquier intento de codificación relacionado con el tema, incluida la elaboración de normas universales. Asimismo, a estos países al parecer les preocuparía que la Comisión ampliara el tema para incluir cuestiones relacionadas con la delimitación de las fronteras marítimas.

12. El tercer grupo de Estados estuvo conformado por aquellos que no indicaron claramente su posición. Muchos de los Estados de este grupo hicieron hincapié en que si la Comisión deseaba abordar el tema del petróleo

y el gas, debía contar con un apoyo amplio y generalizado entre los Estados. Algunos Estados señalaron que, si bien no se consideraba apropiado o necesario iniciar una codificación, acogerían con beneplácito que la Comisión estudiara la práctica pertinente de los Estados. Por ejemplo, se sugirió que un análisis sobre los diversos enfoques adoptados en virtud de las disposiciones existentes podría conducir a la determinación de una serie de principios comunes y mejores prácticas. También se señaló que la Comisión podría considerar la posibilidad de realizar una encuesta sobre la práctica de los contratos interestatales y privados, con el fin de arrojar luz sobre algunas tendencias generales de la praxis, tanto en el derecho público como en el privado, que podrían facilitar la elaboración de directrices en la materia en caso necesario.

II. Recomendación

13. Cabe recordar que el tema de los «Recursos naturales compartidos» se incluyó en el programa de trabajo de la Comisión sobre la base de un esquema general preparado por el Sr. Robert Rosenstock durante su 52.º período de sesiones, en 2000, que esbozaba su orientación general. En el esquema se indicó que la Comisión debía centrarse «exclusivamente en el agua, en particular las napas cautivas, y otras estructuras geológicas únicas, como el petróleo y el gas»¹³. No se presentó un esquema específico para las cuestiones relativas a los recursos petrolíferos y de gas. Por esta razón, una vez concluida la labor sobre los acuíferos transfronterizos, se justifica examinar la viabilidad de ocuparse del tema del petróleo y el gas.

14. Por lo general se considera que en la selección de un nuevo tema o subtema la Comisión debe guiarse por los siguientes criterios, que formuló en 1997 y 1998: el tema debe reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; el tema debe encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y el tema debe ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación¹⁴. En ese mismo sentido, se sugirieron tres estudios de viabilidad para la selección de los temas: el primero era la consideración práctica de si existía una necesidad pertinente apremiante en la comunidad internacional en su conjunto; el segundo se refería a la viabilidad técnica del tema: si estaba suficientemente «maduro» a la luz de las prácticas de los Estados y la bibliografía pertinente; y el tercero tenía que ver con la viabilidad política del tema: si el hecho de abordarlo generaría o no una fuerte resistencia política en los Estados¹⁵.

15. En líneas generales, las opiniones de la mayor parte de los Estados sobre la cuestión del petróleo y el gas fueron negativas, como se resumió en los párrafos anteriores. Una mayoría consideró que la cuestión era de carácter no sólo esencialmente bilateral sino también sumamente técnico y que entrañaba situaciones regionales diversas. Era particularmente importante distinguir las características físicas o geológicas del petróleo y el gas de la evaluación jurídica de esos recursos, y también debía tenerse en cuenta que, en lo que respecta al petróleo y el gas natural, cada caso tenía sus propias características específicas y distintivas y debía abordarse por separado. Por consiguiente, se plantearon dudas sobre la necesidad de que la Comisión emprendiera cualquier proceso de codificación relacionado con esta cuestión, incluida la elaboración de normas universales. Se temía que un intento de generalización pudiera añadir, inadvertidamente, complejidad y confusión a un ámbito cuya ordenación había sido adecuadamente abordada mediante iniciativas bilaterales. Habida cuenta de que las reservas de petróleo y gas a menudo se encontraban en plataformas continentales, la delimitación de las fronteras marítimas, que en términos políticos era una cuestión muy delicada y sensible para los Estados afectados, constituía un requisito indispensable para examinar este tema, a menos que las partes hubieran acordado, como ha sucedido en un número limitado de casos, obviar el problema de la delimitación¹⁶.

16. Con respecto a la sugerencia de unos pocos Estados de adoptar una solución intermedia, consistente en recoger y analizar la información sobre la praxis de los Estados en lo relativo al petróleo y el gas o elaborar un modelo de acuerdo sobre el tema¹⁷, podría no ser una actividad

¹³ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 148, primer párrafo. Los miembros de la Comisión expresaron opiniones diferentes sobre si la Comisión había adoptado o no la decisión de incluir el petróleo y el gas en el tema (véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 169, 170 y 177).

¹⁴ Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 238; *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553. Cabe recordar que la Comisión acordó además que no debía limitarse a tratar los temas tradicionales, sino que podía examinar también aquellos que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el derecho internacional y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto.

¹⁵ Ramcharan, *The International Law Commission. Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*,

págs. 60 a 63; Murase, *Elaboración de normas del derecho internacional*, págs. 217 a 221.

¹⁶ Véanse Charney y Alexander, *International Maritime Boundaries*; y Murase y Etó, *Derecho internacional de delimitación de las fronteras marítimas*.

¹⁷ En el decenio de 1980 hubo algunos intentos de elaborar modelos de acuerdos. Véanse Fox y otros, *Joint development of offshore oil and gas: a model agreement for States for joint development with explanatory commentary*, y *Joint development of offshore oil and gas. The Institute's revised model agreement*; Székely y otros, «Transboundary hydrocarbon resources: the Puerto Vallarta draft treaty» (proyecto conjunto entre una universidad de los Estados Unidos y una universidad de México). Cabe observar que el Comité Internacional sobre la Zona Económica Exclusiva estuvo a punto de presentar un modelo de

muy fructífera para la Comisión, precisamente debido a las peculiaridades de cada caso relacionado con el petróleo y el gas. Cabía esperar que la naturaleza delicada y sensible de ciertos casos pertinentes obstaculizaría cualquier intento de analizar de manera amplia y provechosa las cuestiones pertinentes.

17. Por consiguiente, el autor del presente documento recomienda que el Grupo de Trabajo decida, en

acuerdo. Véase Asociación de Derecho Internacional, «Joint development of non-living resources in the Exclusive Economic Zone».

el 62.º período de sesiones de la Comisión, que se celebrará en 2010, que el tema del petróleo y el gas no se siga examinando¹⁸.

¹⁸ Esta decisión tiene precedentes en la práctica de la Comisión. Cabe recordar que el tema del estatuto, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales figuraba en el programa de la Comisión desde 1976 y que dos Relatores Especiales sucesivos habían presentado en total ocho informes sobre esa cuestión. Ni en la CDI ni en la Sexta Comisión se había expresado la opinión de que el tema se debía examinar más activamente. Por consiguiente, la CDI decidió, sobre la base de una recomendación del Grupo de Planificación, que no se debía seguir examinando el tema, y esa decisión obtuvo el apoyo de la Asamblea General en 1992.

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/633

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: inglés]
[7 de julio de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	89
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-2 89
COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE LOS GOBIERNOS ACERCA DEL CUESTIONARIO SOBRE EL PETRÓLEO Y EL GAS	89
A. Comentarios generales.....	90
B. Pregunta 1.....	90
C. Pregunta 2.....	92
D. Pregunta 3.....	94
E. Pregunta 4.....	95
F. Pregunta 5.....	96

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación y Protocolo relativo a la cooperación regional para combatir la contaminación por hidrocarburos y otras sustancias dañinas en casos de emergencia (Kuwait, 24 de abril de 1978)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1140, n.º 17898, pág. 225.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (Londres, 30 de noviembre de 1990)	Ibíd., vol. 1891, n.º 32194, pág. 120.

Introducción

1. En su 61.º período de sesiones, celebrado en 2009, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que distribuyera una vez más a los gobiernos el cuestionario de 2007, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos, en el que se solicitaba información sobre la práctica de los Estados, en

particular acerca de tratados u otros acuerdos existentes sobre el tema¹. La Comisión también instó a los gobiernos a que proporcionaran información y comentarios sobre cualquier otro asunto relativo al petróleo y el gas,

¹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 30.

especialmente acerca de si la Comisión debía o no tratar el tema. En una circular de fecha 9 de noviembre de 2009, la Secretaría remitió el cuestionario a los gobiernos.

2. Al 31 de marzo de 2010 habían respondido al cuestionario los 19 Estados siguientes: Bahrein, Bolivia (Estado Plurinacional de), Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Guyana, Indonesia, Iraq, Líbano,

Lituania, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Portugal, Rumania, Sudáfrica y Suiza. En el presente informe se recogen las respuestas, que en la medida de lo posible se han organizado teniendo en cuenta las preguntas incluidas en el cuestionario. Los comentarios que hicieron los gobiernos anteriormente sobre el tema figuran en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

Comentarios y observaciones de los gobiernos acerca del cuestionario sobre el petróleo y el gas

A. Comentarios generales

BULGARIA

1. Bulgaria comparte la opinión de que la complejidad de la reglamentación jurídica de la prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas, que abarca diferentes esferas que van desde los aspectos ambientales hasta las consecuencias comerciales, hace suponer de antemano que la labor de la Comisión sería más productiva si en vez de realizar esfuerzos de codificación se intentara centrar la atención en el establecimiento de principios comunes y mejores prácticas y la adquisición de experiencia mediante el estudio y el examen de la práctica de los Estados, para que éstos los utilicen cuando negocien acuerdos sobre la distribución de los depósitos de petróleo y gas. Por lo tanto, sería útil que la Comisión pudiera, sobre la base de la práctica existente, analizar más detenidamente la aplicación de elementos comunes que van más allá de los principios generales del derecho internacional y los principios jurídicos en general.

2. Esa posición no prejuzga el entendimiento de que, en varios casos, las consideraciones relativas a los recursos de petróleo y gas están relacionadas con la delimitación marítima, que está regulada por las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como una cuestión de principio para los Estados interesados. Desde esa perspectiva, la aplicación de regímenes regionales podría ser en algunos casos más eficaz que un enfoque universal.

GUYANA¹

Guyana no produce petróleo ni gas. La prospección en el mar no ha dado como resultado el descubrimiento de petróleo en la zona económica exclusiva de Guyana. Sin embargo, se ha descubierto petróleo en la cuenca del río Takutu, en Rupununi, región fronteriza con el Brasil. Las operaciones en el río Takutu no han dado lugar a ninguna producción comercial.

¹ Véanse los comentarios que Guyana hizo anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

PORTUGAL¹

1. De acuerdo con el enfoque gradual propuesto por la Comisión, ha llegado el momento de decidir sobre la labor

¹ Véanse los comentarios que Portugal hizo anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

futura en este tema. Cabe recordar que en el esquema sobre recursos naturales compartidos de los Estados, preparado por el Sr. Robert Rosenstock y aprobado por la Comisión en su 52.º período de sesiones, en 2000, se indica claramente que esa labor debe centrarse «exclusivamente en el agua, en particular las napas cautivas, y otras estructuras geológicas únicas, como el petróleo y el gas»². El documento sobre recursos naturales compartidos: el petróleo y el gas, del Relator Especial, Sr. Chusei Yamada, puso de relieve la falta de consenso entre los Estados sobre cómo proceder³.

2. La cuestión del reparto de los recursos de petróleo y gas es sumamente importante y particularmente compleja en el mundo moderno. Existen posibilidades de conflicto inherentes al reparto de los recursos de petróleo y gas, así como cuestiones de carácter económico, político y ambiental relacionadas con esos recursos naturales. Portugal apoya firmemente que se siga trabajando en esa esfera y considera que hay similitudes entre las aguas subterráneas y el petróleo y el gas no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también geológico. De hecho, incluso si se adopta un enfoque cauteloso, los principios jurídicos generales en juego parecen aplicarse en ambos casos.

² *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, págs. 148 y 149.

³ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/608.

B. Pregunta 1

¿Existe algún acuerdo, arreglo o práctica con sus Estados vecinos en materia de prospección o explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas o cualquier otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos?

Esos acuerdos o arreglos deben incluir, según proceda, los acuerdos de delimitación de fronteras marítimas y los acuerdos de puesta en común y aprovechamiento conjunto u otros arreglos.

Sírvanse facilitar copia de los acuerdos o arreglos o una reseña de la práctica.

BAHREIN

1. Existe un acuerdo con la Arabia Saudita para la explotación de un yacimiento submarino de petróleo en las aguas territoriales. De conformidad con ese acuerdo, firmado en los años cincuenta, ambos países comparten la producción del yacimiento en partes iguales.

2. Bahrein y Qatar también firmaron en 2001, como marco para un acuerdo de suministro de gas, un memorando de entendimiento que incluye todos los aspectos técnicos y financieros necesarios.

BOLIVIA (ESTADO PLURINACIONAL DE)

Actualmente no existe ningún tipo de cooperación, tratado o acuerdo con países vecinos para la prospección o explotación de recursos transfronterizos de gas y petróleo; por lo tanto no existe ningún mecanismo o asociación para realizar ninguna de estas actividades.

BULGARIA

Bulgaria no ha establecido ningún tipo de acuerdo, arreglo o práctica con los Estados vecinos en relación con la prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo o gas. En los acuerdos de demarcación de límites marítimos no se contempla ese tipo de arreglos.

CHIPRE

Chipre presentó información similar a la que aparece en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1; no obstante, desde entonces la Cámara de Representantes ha ratificado el acuerdo entre Chipre y el Líbano sobre la delimitación de la zona económica exclusiva¹.

¹ Se puede consultar una copia del acuerdo en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

DINAMARCA

Actualmente no se conocen depósitos transfronterizos en Dinamarca. Por consiguiente, Dinamarca no ha concertado acuerdos ni otros arreglos relativos a los recursos naturales compartidos que puedan revestir interés para la Comisión.

ECUADOR

En el pasado se han firmado acuerdos con empresas estatales de países vecinos; sin embargo, Petroecuador, institución del Estado, no tiene conocimiento de ningún acuerdo específico que incluya compromisos relativos a la realización de actividades conjuntas y transfronterizas para la prospección y extracción de petróleo o gas.

EL SALVADOR

El Salvador no ha firmado ningún acuerdo específico en materia de prospección o explotación de recursos transfronterizos de petróleo o gas, ni de ningún otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos.

GUYANA

No existen acuerdos ni prácticas con Estados vecinos en relación con la prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas. No existen arreglos de cooperación ni acuerdos de puesta en común y aprovechamiento conjunto o de otro tipo.

INDONESIA

No.

LÍBANO¹

No. Hasta la fecha, el Líbano no ha concertado ningún acuerdo o arreglo con ningún Estado vecino relativo a la prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas.

¹ Véanse los comentarios que el Líbano hizo anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

LITUANIA

No existe ningún acuerdo o arreglo entre Lituania y Estados vecinos o entre las instituciones estatales competentes para la prospección o explotación de yacimientos transfronterizos de petróleo o gas. Desde el punto de vista geológico, es posible que existan esos recursos, pero hasta ahora no se han realizado trabajos de prospección.

NUEVA ZELANDIA

1. Nueva Zelandia ha concertado un acuerdo de demarcación de límites marítimos con Australia, a saber, el Tratado entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de Nueva Zelandia relativo al establecimiento de ciertas fronteras en la zona económica exclusiva y la plataforma continental¹.

2. En el artículo 4 de dicho tratado se prevé la posibilidad de que se descubran recursos naturales transfronterizos:

Si una única acumulación de petróleo, ya sea en estado gaseoso, líquido o sólido, o si cualquier otro depósito de mineral bajo el lecho marino se extiende a través de las líneas descritas en [el] Tratado, y la parte de esa acumulación o depósito que está situada a un lado de la línea puede extraerse total o parcialmente desde el otro lado, ambas partes tratarán de lograr un acuerdo sobre el modo de explotar más eficazmente la acumulación o el depósito y sobre el reparto equitativo de los beneficios que resulten de esa explotación.

3. En su parte norte, la plataforma continental de Nueva Zelandia se superpone a la de las plataformas continentales de Fiji y Tonga. Por lo tanto, Nueva Zelandia, Fiji y Tonga deberán concluir acuerdos de demarcación de límites marítimos. Es posible que la plataforma continental de Nueva Zelandia también se superponga a la de Francia (respecto de Nueva Caledonia). En su caso, los acuerdos de demarcación que se concierten podrían incluir un artículo similar al artículo 4 del tratado entre Australia y Nueva Zelandia mencionado más arriba.

¹ Firmado en Adelaida el 25 de julio de 2004 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2441, n.º 43985, pág. 235).

OMÁN¹

El 25 de julio de 1974, Omán firmó un acuerdo con la República Islámica del Irán relativo a la demarcación de límites de la plataforma continental en el estrecho de Ormuz. En 2000, firmó el Acuerdo de Mascate, relativo a la delimitación de la frontera marítima entre la República Islámica del Pakistán y la Sultanía de Omán², y en 2003

¹ Véanse los comentarios que Omán hizo anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

² Firmado en Mascate el 12 de junio de 2000 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2183, n.º 38455, pág. 3).

firmó el Acuerdo relativo a la delimitación de la frontera marítima entre la Sultanía de Omán y la República del Yemen³.

³ Firmado en Mascate el 14 de diciembre de 2003 (ibíd., vol. 2309, n.º 41170, pág. 249).

PAÍSES BAJOS¹

Existe un acuerdo bilateral adicional celebrado por los Países Bajos con un tercer país, a saber, el Tratado de delimitación entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela².

¹ Véanse los comentarios que los Países Bajos hicieron anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

² Firmado en Willemstad el 31 de marzo de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1140, n.º 17901, pág. 318).

PORTUGAL

No.

RUMANIA

Rumania no ha celebrado ningún acuerdo, arreglo o práctica con sus Estados vecinos en relación con la prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo, gas u otros minerales. En ausencia de esa forma de cooperación, la prospección y explotación de recursos de petróleo y minerales se limita a los espacios bajo la soberanía o los derechos soberanos de Rumania y esas actividades se realizan de conformidad con las leyes y los reglamentos del país.

SUDÁFRICA

La respuesta es afirmativa respecto del gas y negativa respecto del petróleo. Sudáfrica ha concertado con un Estado vecino, Mozambique, un acuerdo relativo al comercio de gas natural, que se firmó en 2001¹. Según lo dispuesto en ese acuerdo, las partes adoptarán las medidas que consideren necesarias para facilitar el comercio de gas natural entre ellas. Se reconoce que el establecimiento en Sudáfrica de un mercado abierto y competitivo para el gas natural y de un entorno competitivo para la prospección y explotación, así como para la producción y el suministro de gas natural, contribuyen a facilitar el comercio.

¹ Se puede consultar una copia del acuerdo en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

SUIZA

1. Actualmente, Suiza no es parte en ningún acuerdo, arreglo, práctica u otra forma de cooperación con los Estados vecinos en relación con la prospección o explotación de recursos transfronterizos de petróleo o gas.

2. En Suiza, los cantones tienen derechos soberanos sobre la prospección y explotación de los recursos del subsuelo. A los cantones corresponde, pues, otorgar concesiones y exigir regalías a las empresas que desean explorar en busca de petróleo. Hasta la fecha, el Gobierno federal no ha tenido motivos para intervenir. En caso de que se descubriera un yacimiento, los cantones cobrarían las regalías.

A fin de armonizar sus políticas relativas a las concesiones, los cantones interesados firmaron en 1955 un acuerdo sobre la prospección y explotación de petróleo. Posteriormente se incluyó en ese acuerdo el gas natural.

3. En Suiza, la prospección de petróleo y gas se inició a finales del siglo XIX. Hasta la fecha, se han perforado más de 40 pozos. Sólo uno, situado en Finsterwald (cantón de Lucerna), produjo (con pérdidas) unos 73 millones de metros cúbicos de gas entre 1985 y 1994. Los especialistas siguen creyendo que probablemente el subsuelo de Suiza contenga yacimientos de petróleo y gas, porque la geología tiene algunas similitudes con la de otras regiones del mundo donde se han encontrado hidrocarburos. Además, en los países vecinos se están explotando yacimientos de gas natural no lejos de la frontera suiza.

4. En 1994 se liquidó Swisspetrol, que había sido una destacada empresa de prospección de petróleo y gas durante tres decenios. Una de sus filiales, SEAG (Schweizerische Erdöl AG), reanudó las actividades de prospección en 1997 y contrató empresas de fuera del país para que analizaran el gran volumen de datos geológicos disponibles utilizando los métodos más avanzados. Esos análisis se están llevando a cabo actualmente.

5. Existe otra empresa que está trabajando muy activamente en la prospección de petróleo y gas en Suiza: Petrosvibri. El Consejo de Estado del cantón de Vaud autorizó a Petrosvibri para que llevara a cabo perforaciones de prospección en el municipio de Noville. Petrosvibri espera descubrir gas bajo el lago Lemán, a una profundidad de unos 3.000 m. La perforación ya ha comenzado desde la orilla ubicada en el cantón de Vaud, por lo que correspondió a este cantón la aprobación del proyecto. Si la empresa tiene éxito, y en función de la ubicación de los recursos bajo sus respectivos territorios, los cantones de Vaud y Valais y Francia compartirían las regalías. Para proceder a la explotación habría que convenir los términos y las condiciones y las autoridades federales suizas representarían a los dos cantones mencionados en la negociación de un acuerdo con Francia. Las probabilidades de descubrir petróleo o gas en ese lugar se estiman en menos del 20%.

C. Pregunta 2

¿Hay algún órgano o mecanismo conjunto o asociación (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo? Sírvanse facilitar información descriptiva de la naturaleza y el funcionamiento de tales arreglos, incluidos sus principios rectores.

BAHREIN

No existen órganos o mecanismos conjuntos ni asociaciones para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo.

BULGARIA

Bulgaria no ha establecido órganos o mecanismos conjuntos ni asociaciones (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo.

CHIPRE

Chipre presentó información similar a la que aparece en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

ECUADOR

Los compromisos y mecanismos relativos a posibles acuerdos o actividades conjuntas los establecen las organizaciones regionales de las que el Ecuador o, más concretamente Petroecuador, es miembro. Las constituciones o los estatutos de esos órganos especializados se refieren en general a la posibilidad de realizar actividades conjuntas. Tales órganos son la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) y la Asociación Regional de Empresas del Sector Petróleo, Gas y Biocombustibles en Latinoamérica y el Caribe (ARPEL).

EL SALVADOR

1. Actualmente, El Salvador no tiene ningún órgano, mecanismo conjunto o asociación con Estados vecinos en materia de prospección o explotación de los recursos transfronterizos compartidos de petróleo y/o gas. Sin embargo, existe la Ley de Hidrocarburos¹, que tiene como objetivo regular el fomento, desarrollo y control de la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos. Aunque aún no se conoce la existencia de esos yacimientos en suelo salvadoreño, existe la regulación en caso de que se descubrieran.

2. El ente encargado de regular la realización de actividades de exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos es la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, institución que tiene la potestad de realizar dichas actividades por sí misma o mediante contratos de operación con otras entidades.

3. En la referida Ley de Hidrocarburos se menciona que cualquier sustancia asociada a los hidrocarburos pertenece al Estado y su administración corresponde a la Comisión Ejecutiva. Además, en la Ley se menciona que las actividades concernientes al Ministerio de Economía, depositaria del poder ejecutivo, son: aprobar los contratos de operación, autorizar a la Comisión Ejecutiva a decidir la forma de realizar las actividades de transporte de hidrocarburos por ductos y fijar los precios de los derivados de petróleo y gas destinados al consumo interno e industrial.

¹ *Diario Oficial* de 17 de marzo de 1981.

GUYANA

No existen órganos o mecanismos conjuntos ni asociaciones (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo.

INDONESIA

No.

IRAQ¹

Existen dos comités transfronterizos relacionados con el petróleo:

a) El Comité técnico transfronterizo de yacimientos de petróleo con Kuwait. El Comité ha celebrado numerosas reuniones con la parte kuwaití a fin de explotar esos yacimientos utilizando métodos óptimos de puesta en común. Ambas partes (el Iraq y Kuwait) nombrarán a un tercero para estudiar esos yacimientos;

b) El Comité técnico transfronterizo de yacimientos de petróleo con la República Islámica del Irán. Ambas partes (el Iraq y la República Islámica del Irán) convinieron en estudiar esos yacimientos sin recurrir a un tercero (Kuwait).

¹ Véanse los comentarios que el Iraq hizo anteriormente en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

LÍBANO

Existe un acuerdo de adquisición de gas natural con Egipto y un acuerdo de transporte de gas entre Egipto, Jordania, la República Árabe Siria y el Líbano. Los acuerdos se enviaron al Parlamento para su aprobación definitiva, pero ésta no se ha producido todavía.

LITUANIA

No.

NUEVA ZELANDIA

Nueva Zelandia no tiene conocimiento de la existencia de recursos transfronterizos de petróleo o gas, por lo que no tiene órganos o mecanismos conjuntos ni asociaciones al efecto.

PAÍSES BAJOS

No.

PORTUGAL

No

RUMANIA

Rumania no tiene órganos o mecanismos conjuntos ni asociaciones relacionados con la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de petróleo o gas.

SUDÁFRICA

Con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo entre Sudáfrica y Mozambique, las partes aceptan el principio de que debe facilitarse a posibles terceros interesados acceso a la capacidad no comprometida de las tuberías de transporte en condiciones no discriminatorias y comercialmente razonables. Al aplicar ese principio se tiene debidamente en cuenta la viabilidad comercial. En lo que respecta al transporte de gas natural de Mozambique a los clientes de Sudáfrica, el acceso a los gasoductos, las condiciones de

dicho acceso y el arancel sobre el transporte por gasoducto de gas natural para su venta transfronteriza se determinarán de común acuerdo entre los transportistas y los propietarios del gasoducto. Si no llegasen a un acuerdo, en un plazo fijado por el Gobierno, sobre la determinación de la capacidad no comprometida, las condiciones de acceso a ese excedente de capacidad y el arancel correspondiente, la cuestión se remitirá al Gobierno pertinente para que resuelva.

SUIZA

Hasta la fecha no se ha creado ningún órgano o asociación para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas. Con respecto al proyecto de perforación en el lago Lemán (véase la respuesta a la pregunta 1 *supra*), Petrosvibri está trabajando por su cuenta y riesgo, sin apoyo financiero de las autoridades.

D. Pregunta 3

En caso de respuesta afirmativa a la pregunta 1, sírvanse contestar las siguientes preguntas sobre el contenido de los acuerdos o arreglos o acerca de la práctica:

a) ¿Existen principios, arreglos o entendimientos específicos en materia de reparto o asignación del petróleo y el gas, u otras formas de cooperación? Sírvanse facilitar una reseña de los principios, disposiciones, arreglos o entendimientos;

b) ¿Existe algún arreglo o entendimiento o alguna práctica en materia de prevención y control de la contaminación o sobre otros problemas de medio ambiente, como la mitigación de accidentes? Sírvanse ampliar la información.

BAHREIN

1. En relación con el apartado *a*, de conformidad con la práctica habitual en esos casos, existen ciertos arreglos al respecto entre Bahrein y la Arabia Saudita.
2. Con respecto al apartado *b*, existen algunos arreglos entre Bahrein y la Arabia Saudita encaminados a proteger el medio ambiente de conformidad con las normas y los reglamentos internacionales en esa esfera.
3. Bahrein también es miembro de la Organización Regional para la Protección del Medio Marino, que se creó en Kuwait en 1978. Asimismo, es miembro fundador del Centro de Ayuda Mutua para Emergencias en el Mar, una organización regional internacional que se ocupa de cuestiones relacionadas con la contaminación marina. El Centro se estableció en Bahrein en 1982 dentro del marco del Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación y su Protocolo relativo a la cooperación regional para combatir la contaminación por hidrocarburos y otras sustancias dañinas en casos de emergencia.

BULGARIA

No se aplica.

CHIPRE

Chipre presentó información similar a la que aparece en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

ECUADOR

En los compromisos y mecanismos que se mencionan en la respuesta a la pregunta 2 *supra* se hace una referencia general al tema. Los entendimientos figuran en los documentos elaborados con ocasión de las reuniones de expertos organizadas por los órganos que se mencionan en la mencionada respuesta.

EL SALVADOR

No se aplica.

GUYANA

No se aplica.

LÍBANO

No se aplica.

NUEVA ZELANDIA

1. En el artículo 4 del único acuerdo de delimitación concertado por Nueva Zelandia (con Australia)¹ se indica claramente que respecto de cualquier recurso transfronterizo de petróleo que pudiera encontrarse, ambas partes deberán ponerse de acuerdo sobre la manera más eficaz de explotarlo y sobre el reparto equitativo de los beneficios obtenidos.

2. Maritime New Zealand es una entidad de la Corona encargada de la seguridad marítima, la protección del medio marino y las operaciones de búsqueda y salvamento marítimos en virtud de la autoridad delegada por el Ministerio de Transporte. Dicha entidad cuenta con un sistema completo de preparación y respuesta en casos de derrames de hidrocarburos en el mar basado en el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, de la OMI. Como consecuencia directa de ese Convenio se firmó un Memorando de entendimiento con Australia, concretamente con la Autoridad australiana de seguridad marítima y el Centro australiano de derrames de hidrocarburos en el mar, organización financiada por el sector petrolero. En el marco de esa relación, se tiene acceso a la red mundial de respuesta ante derrames, gestionada por el sector petrolero. También se ha intentado elaborar un memorando de entendimiento con Nueva Caledonia (Francia) para la respuesta ante posibles derrames. Maritime New Zealand también es un socio de cooperación del Programa Regional del Pacífico Sur para el Medio Ambiente, con sede en Apia (Samoa).

¹ Tratado entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de Nueva Zelandia relativo al establecimiento de ciertas fronteras en la zona económica exclusiva y la plataforma continental, firmado en Adelaida el 25 de julio de 2004 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2441, n.º 43985, pág. 235).

OMÁN

1. Con respecto al apartado *b*, las reservas de petróleo y gas natural a menudo se encuentran en el fondo del mar territorial, su subsuelo y la plataforma continental, lo que puede dar lugar a que se produzca contaminación como resultado de la prospección y explotación de esos recursos o de la realización de actividades mineras en el mar o de otras causas, como la contaminación de origen terrestre, la producida por buques (de carácter internacional y provocada por accidentes), por vertimientos intencionados y otras actividades humanas. Así pues, Omán intenta examinar los convenios y acuerdos internacionales y regionales a los que se ha adherido que guardan relación con la lucha contra la contaminación producida por todas esas fuentes, ya que sin duda afectarán a los recursos naturales compartidos (vivos o de otro tipo). La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es el marco para la protección y la conservación del medio marino. Omán es parte en la Convención, ratificada en virtud del Real Decreto N.º 67/89.

2. Además, Omán proporcionó una lista de los convenios de la OMI relacionados con la contaminación marina y otros instrumentos y acuerdos regionales en los que es parte¹.

¹ Se pueden consultar las listas proporcionada por Omán en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

PAÍSES BAJOS

Respecto del apartado *a*, véanse los artículos 5 a 8 del Tratado de delimitación entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela¹. Respecto del apartado *b*, véase el artículo 9 del mismo Tratado.

¹ Firmado en Willemstad el 31 de marzo de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1140, n.º 17901, pág. 318).

PORTUGAL

No se aplica.

RUMANIA

Dado que la respuesta a la primera pregunta es negativa, no hay información relativa a la presente pregunta.

SUDÁFRICA

1. Respecto del apartado *a*, los principios relativos a la medición se determinan en el contexto de cada proyecto de comercio de gas. Debe existir un método aceptable desde el punto de vista técnico y fiscal para determinar la cantidad y la calidad del gas natural que cruza la frontera.

2. En relación con el apartado *b*, de conformidad con el acuerdo entre Sudáfrica y Mozambique, las partes cooperarán entre sí respecto de los proyectos de comercio de gas en las esferas de la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente. Con respecto a cualquier proyecto de comercio de gas, las partes deben velar por que los propietarios de los gasoductos establecidos en sus territorios acuerden que la responsabilidad por la adopción de las medidas preventivas y correctivas necesarias en caso

de accidente o posible accidente o efecto perjudicial que tenga, en el presente o en el futuro, un efecto adverso para la salud, la seguridad o el medio ambiente, ha de recaer en el propietario del gasoducto que haya causado dicho accidente o efecto perjudicial.

E. Pregunta 4

Sírvanse exponer cualquier otra observación o información, en particular la legislación o las decisiones judiciales, que consideren pertinentes o útiles para la Comisión en el examen de las cuestiones relativas al petróleo y el gas.

BULGARIA

No se aplica

CHIPRE

Chipre presentó información similar a la que aparece en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1. Además, se ha promulgado el Reglamento de hidrocarburos (Prospección, exploración y producción) de 2009 (Reglamento administrativo 113/2009).

ECUADOR

En el pasado no ha habido compromisos bilaterales con empresas de petróleo o gas de propiedad de Estados vecinos porque no se ha descubierto ni establecido técnicamente la presencia de yacimientos transfronterizos de petróleo y gas.

EL SALVADOR

1. La Ley de Hidrocarburos tiene por objeto regular el fomento, desarrollo y control de la explotación de yacimientos de hidrocarburos, así como su transporte por ductos. Dicha Ley señala que los hidrocarburos, cualquiera que sea el estado físico o forma en que se encuentren en el territorio de la República, son de propiedad del Estado. Asimismo, su aprovechamiento deberá responder a la política económica y social del Estado, con el objeto de que los ingresos que generen beneficien y promuevan el desarrollo integral del país.

2. El Salvador tiene otras leyes pertinentes, a saber, la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, y la Ley de Gas Natural.

GUYANA

Se está preparando una nueva ley relativa a la frontera marítima que será compatible con las obligaciones dimanantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

LÍBANO

No tiene observaciones que realizar.

LITUANIA

Lituania, como todos los países miembros de la UE, ha incorporado a su legislación nacional la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo

de 1994 sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos¹.

¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 164, 30 de junio de 1994, pág. 3.

NUEVA ZELANDIA

No se aplica.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos no tienen ningún comentario o información adicionales en esta etapa.

RUMANIA

1. El marco legislativo pertinente en materia de recursos naturales, incluidos los recursos transfronterizos de petróleo y gas, incluye: a) la Ley sobre recursos de petróleo; b) la Ley de minas; y c) la Ley por la que se establece la Autoridad Nacional de Recursos Minerales.

2. En el caso de concesiones adyacentes con diferentes concesionarios, las normas pertinentes (véase la Ley n.º 238/2004 sobre recursos de petróleo) exigen que se lleven a cabo estudios comunes de la estimación de la cantidad de recursos y las reservas, así como de la cuota de producción que pueda asignarse a cada beneficiario y el establecimiento de programas comunes de prospección y explotación. Si las partes interesadas no llegaran a un acuerdo, la decisión en cuanto a esos elementos corresponderá a expertos independientes. Rumania considera que podrían aplicarse principios similares a los depósitos transfronterizos.

SUDÁFRICA

La escasez y la creciente demanda de petróleo y gas exigen que se promulgue una reglamentación suficiente para evitar conflictos transfronterizos. La cuestión del reparto del petróleo y el gas es sumamente compleja en el mundo moderno. De ello dan prueba el potencial de provocar conflictos inherente al reparto del petróleo y el gas, y su importancia económica y política, así como las cuestiones ambientales relacionadas con esos recursos naturales. Si bien las cuestiones relativas al petróleo y el gas deben gestionarse de manera que se garantice el respeto del derecho internacional y se eviten los conflictos, la promoción del desarrollo sostenible también debe inspirar los esfuerzos por regular los recursos compartidos de petróleo y gas.

F. Pregunta 5

¿Hay algún aspecto sobre el particular que convendría analizar más detenidamente en el contexto de la labor de la Comisión? Sírvase indicarlo.

CHIPRE

Chipre presentó información similar a la que aparece en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/607 y Add.1.

ECUADOR

Dado el interés actual, Petroecuador estaría interesado en exponer ante la Comisión su mapa estratégico y sus proyectos relativos a actividades en todas las esferas de la industria petrolera.

EL SALVADOR

No tiene otras observaciones que formular.

GUYANA

No hay aspectos en esta esfera que puedan beneficiarse de un análisis más detenido en el contexto de la labor de la Comisión.

INDONESIA

La armonización de las leyes y reglamentos que rigen la prospección y producción de recursos, las cuestiones tributarias, la responsabilidad compartida en caso de accidentes graves, y los mecanismos de reparto de los beneficios.

LÍBANO

No tiene observaciones que formular.

NUEVA ZELANDIA

Nueva Zelanda espera con interés el documento sobre recursos naturales compartidos: viabilidad del trabajo futuro en materia de petróleo y gas, del Sr. Shinya Murase¹, que se presentará al Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos que pudiera establecerse durante el 62.º período de sesiones de la Comisión, en 2010. Si bien Nueva Zelanda desea reservarse su opinión hasta después del examen de dicho estudio, apoya el enfoque prudente que la Comisión está adoptando y tiende a considerar que el tema no está aún maduro para su codificación ni es un tema apropiado para que la Comisión se ocupe de él.

¹ Documento A/CN.4/621, reproducido en el presente volumen.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos consideran que los siguientes aspectos, en particular, se beneficiarían de un análisis más detenido en el contexto de la labor de la Comisión relativa a los recursos naturales compartidos:

a) El derecho a utilizar los recursos transfronterizos de petróleo y gas, teniendo en cuenta los derechos de otros Estados y de las generaciones futuras;

b) La prevención y mitigación de daños significativos causados por el uso de reservas transfronterizas de petróleo y gas, incluida la gestión de los riesgos que plantea ese uso;

c) La ordenación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas;

d) La planificación de actividades para el uso de los recursos transfronterizos de petróleo y gas;

e) La respuesta ante situaciones de emergencia causadas por el uso de los recursos transfronterizos de petróleo y gas.

SUDÁFRICA

El carácter sensible y la escasez de los recursos de petróleo y gas deben motivar el fomento de la cooperación y el apoyo continuos respecto de la labor de la Comisión. Las cuestiones relacionadas con los recursos compartidos de petróleo y gas no deben tomarse a la ligera.

EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/627 y Add.1

Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial

[Original: francés]
[22 de marzo y 21 de abril de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>	
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....		100
Obras citadas en el presente informe.....		100
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN.....	1-4	100
A. Ámbito de aplicación (proyecto de artículo 1).....	5-13	101
B. Términos empleados (proyecto de artículo 2).....	14-30	102
C. Falta de una norma que disponga la terminación o suspensión <i>ipso facto</i> de los tratados en caso de conflicto armado (proyecto de artículo 3).....	31-40	104
D. Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro o la suspensión de la aplicación (proyecto de artículo 4).....	41-51	106
E. Aplicación de tratados resultante implícitamente de su materia (proyecto de artículo 5 y anexo).....	52-70	108
F. Celebración de tratados durante un conflicto armado (proyecto de artículo 6).....	71-76	111
G. Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados (proyecto de artículo 7).....	77-81	112
H. Notificación de terminación, retiro o suspensión (proyecto de artículo 8).....	82-96	113
I. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado (proyecto de artículo 9)....	97	115
J. Divisibilidad de las disposiciones de un tratado (proyecto de artículo 10).....	98-102	115
K. Pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación (proyecto de artículo 11).....	103-109	116
L. Reanudación de tratados suspendidos (proyecto de artículo 12).....	110-114	117
M. Efecto del ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva en un tratado (proyecto de artículo 13)...	115-127	118
N. Prohibición de beneficio para un Estado agresor (proyecto de artículo 15).....	128-140	119
O. Las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio» (proyectos de artículos 14, 16 y 17).....	141-150	121
P. Restablecimiento de las relaciones convencionales después de un conflicto armado (proyecto de artículo 18).....	151	123
Q. Otras cuestiones suscitadas por los Estados y problemas de carácter general.....	152-163	123
1. Calidad del proyecto de artículos.....	153-154	123
2. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos.....	155-157	123
3. Responsabilidad de los Estados.....	158	124
4. Cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio».....	159	124
5. Otras cuestiones.....	160-163	124
R. Forma que debe darse al proyecto de artículos.....	164	125

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17513, pág. 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 125.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.

Obras citadas en el presente informe

BEAUCHAMP, Sylvain <i>Explosive Remnants of War and the Protection of Human Beings under Public International Law</i> , Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 2008, tesis.	FITZMAURICE, G. G. «The juridical clauses of the peace treaties», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948-II</i> , t. 73, París, Sirey, págs. 239 a 364.
BOTHE, Michael «Occupation, Belligerent», en Rudolf Bernhardt (ed.), <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 3, págs. 763 a 766.	INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL «Les effets des conflits armés sur les traités», <i>Annuaire</i> , sesión de Helsinki (1985), vol. 61, París, Pedone, 1986.
	McNAIR, Lord <i>The Law of Treaties</i> , Oxford, Clarendon Press, 1961.

Introducción

1. El proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados se examinará en segunda lectura en el 62.º período de sesiones de la Comisión, en 2010. El Relator Especial desea antes que nada honrar la memoria de su predecesor, Sr. Ian Brownlie, y expresar su reconocimiento por los cuatro informes¹ que presentara y,

de manera general, por el importante esfuerzo dedicado al estudio del tema.

2. El proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2008², y posteriormente enviado a la Asamblea General, fue comentado por 34 Estados en los debates de la Sexta Comisión celebrados ese año. Asimismo,

¹ Informes primero a cuarto sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 227, documento A/CN.4.552; *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), pág. 271, documento A/CN.4.570; *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 57, documento A/CN.4.578, y *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4.589, respectivamente.

² El texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en primera lectura en su 60.º período de sesiones figura en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 65 y 66.

13 Estados formularon observaciones escritas al respecto³. En el presente informe se examinan esas observaciones y se proponen algunas modificaciones al proyecto inicial.

3. Aunque las cuestiones y propuestas planteadas fueron abundantes, la discusión pareció concentrarse en cuatro temas: *a*) el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, especialmente la cuestión de la inclusión de situaciones en las que sólo un Estado parte en un tratado participa en un conflicto armado, los conflictos armados no internacionales y los acuerdos en los que son partes organizaciones internacionales (proyectos de artículos 1 y 2); *b*) los «indicios» que deben permitir la identificación de los tratados que siguen aplicándose (proyecto de artículo 4); *c*) los tipos de tratados cuya materia implica que continúan aplicándose en todo o en parte (proyecto de artículo 5 y anexo); y *d*) los efectos (¿diferentes?) de las situaciones de guerra, internacional o civil, que afectan a un solo Estado o a una pluralidad de ellos que son partes en un tratado.

4. Al examinar las observaciones de los Estados, el Relator Especial se ha atenido a criterios pragmáticos: no modificar a fondo un proyecto de artículos que se encuentra en segunda lectura; no prestar excesiva atención a consideraciones doctrinales para que el proyecto conserve un interés práctico; y, dentro de estos parámetros, tratar de tener en cuenta las observaciones formuladas por los Estados. Tales observaciones se examinarán al analizar cada artículo.

A. Ámbito de aplicación (proyecto de artículo 1)

5. Como indica un Estado en sus comentarios⁴, esta cuestión debe seguir siendo objeto de examen. En efecto, pese a su concisión (o tal vez debido a ella), el proyecto de artículo 1 ha provocado una avalancha de comentarios que proponen desde un ámbito de aplicación muy extenso a uno muy limitado, con las consiguientes explicaciones a modo de justificación.

6. Un primer grupo de Estados desearía limitar el alcance del proyecto de artículos a los tratados entre dos o más Estados en los que más de uno es parte en un conflicto armado. A este respecto, se explica que las situaciones que implican a un solo Estado —esencialmente, aunque no de forma exclusiva, los conflictos no internacionales— ya están reguladas por los artículos 61 (Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento) y 62 (Cambio fundamental en las circunstancias) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁵ (en adelante, la Convención de Viena de 1969). Esta conclusión no es totalmente exacta: la solución propuesta significaría que, en los casos relacionados con conflictos entre dos o más Estados se aplicaría, además de los artículos 61 y 62, una serie de disposiciones relativas al efecto de los conflictos armados interestatales, mientras que en las situaciones que sólo afectan a un Estado se aplicarían únicamente esos artículos, excluyendo, por tanto, las normas del

presente proyecto. A esto se responde que los efectos de los conflictos armados en ambas situaciones son tan diferentes que no pueden regirse por las mismas disposiciones. El Relator Especial se muestra escéptico en relación con esa tesis y considera que, dado que el elemento que pone en marcha el régimen es en ambos casos un conflicto armado, la solución debería buscarse en los elementos mencionados en los proyectos de artículos 4 y 5. Otro argumento a favor de ese planteamiento es el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, que exceptúa la cuestión que actualmente se debate de los efectos de la guerra y que constituye el marco en el que se integra el presente proyecto. Ese artículo se refiere a «la ruptura de hostilidades entre Estados», lo que excluiría las situaciones en las que la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados afecta a un solo Estado⁶. En cuanto al Relator Especial, estima que el mandato de la Comisión debe interpretarse con flexibilidad y que es suficientemente amplio para englobar los efectos de los conflictos armados que afectan a un solo Estado.

7. Según otro Estado⁷, debe excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de artículos la cuestión de los efectos de los conflictos armados internacionales que afectan a un solo Estado parte en el tratado en cuestión, así como la de los efectos de los conflictos armados no internacionales que afectan a un solo Estado parte en el tratado. Si se aceptan esos puntos de vista, el proyecto serviría para determinar el régimen de los tratados entre los Estados partes cuando más de uno de ellos también participa en un conflicto armado internacional. Tal restricción reduciría demasiado el alcance y la utilidad del proyecto. También significaría que habría distintos tipos de conflictos armados: los efectos de unos serían determinados por el proyecto de artículos, mientras que los de otros quedarían al margen de él. Esta solución parece poco recomendable.

8. Una cuestión que sigue abierta⁸ es si el proyecto de artículos debe regular los efectos de los conflictos armados en los que son partes organizaciones internacionales. Algunos Estados se muestran favorables⁹, aunque la mayoría parece oponerse a ello¹⁰. Por motivos esencialmente prácticos, el Relator Especial sería partidario de esta última opinión. Reexaminar la totalidad del proyecto bajo ese punto de vista retrasaría en exceso la conclusión de los trabajos. A lo anterior se añade —aunque el argumento no es decisivo— que esta cuestión no tiene que ver con el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, sino con el artículo 74, párr. 1, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones

⁶ República Checa, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 82.

⁷ Portugal, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 26, y documento A/CN.4/622 y Add.1; véase también Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁸ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 1.

⁹ China y Ghana, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁰ Polonia, *ibíd.*; Portugal, *ibíd.*, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 26; y República Checa, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 80.

³ Véase el documento A/CN.4/622 y Add.1, reproducido en el presente volumen.

⁴ Eslovenia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 26.

⁵ Burundi y Portugal, documento A/CN.4/622 y Add.1.

internacionales¹¹ (en adelante la Convención de Viena de 1986). Por lo demás, como se desprende del tenor de esta disposición, las organizaciones internacionales como tales no hacen la guerra; probablemente serían pocos los casos en que debieran examinarse las obligaciones de los Estados miembros de la organización a la luz de un conflicto armado que los enfrentase y, llegado el momento, podrían resolverse adoptando una nueva serie de normas basadas en el artículo 74, párr. 1, de la Convención de Viena de 1986.

9. Dos Estados¹² consideran que en el proyecto de artículo 1 debería incluirse una mención del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969; más exactamente, una indicación de que los tratados aplicables provisionalmente en virtud del artículo 25 deberían seguir siendo aplicables en la misma medida que los tratados que estaban en vigor en el momento de sobrevenir el conflicto armado. Esta observación está plenamente justificada: los tratados que se aplican provisionalmente con arreglo al artículo 25 deben seguir aplicándose mientras no cese su aplicación provisional y no desaparezcan o se suspendan en virtud de las normas del proyecto aplicables a los tratados en general. La Comisión se pronuncia en este sentido en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 1, y no es indispensable que en el texto del proyecto de artículo 1 figure una referencia al citado artículo 25.

10. A continuación se abordan otros problemas suscitados en las observaciones de los Estados. Conforme a una primera observación, se propone que las palabras «*apply to*» se sustituyan por «*deal with*»¹³. Tal cambio de redacción parece aceptable; en español, «se aplica a» sería sustituido por «tiene por objeto».

11. Otra observación¹⁴ tiene como fin precisar que el proyecto de artículos abarca tanto los tratados bilaterales como los multilaterales. Tal conclusión parece evidente: el proyecto de artículo 1 habla de «tratados», al igual que el artículo 1 de la Convención de Viena de 1969, con lo que se hace referencia a las dos categorías. A ello se añade la precisión al respecto que figura en el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 2.

12. La expresión «cuando al menos uno de los Estados es parte en el conflicto armado» puede parecer poco clara. Según el Relator Especial, significa que al menos un Estado parte en el tratado debe ser también parte en el conflicto armado; esta idea se expresaría más claramente diciendo: «cuando al menos uno de esos Estados es parte en el conflicto armado».

13. Así, el proyecto de artículo 1 podría tener la siguiente redacción:

¹¹ El art. 74, párr. 1, establece que las disposiciones de la Convención «no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado entre uno o más Estados y una o varias organizaciones internacionales pueda surgir como consecuencia de [...] la ruptura de hostilidades entre Estados».

¹² Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1, y Rumania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 51.

¹³ Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

¹⁴ Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1.

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos tiene por objeto los efectos de un conflicto armado en los tratados entre Estados, cuando al menos uno de esos Estados es parte en el conflicto armado.

B. Términos empleados (proyecto de artículo 2)

14. El apartado *a* del proyecto de artículo 2 define el término «tratado» siguiendo el artículo 2, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969. La cuestión esencial que se plantea a este respecto es si el ámbito de aplicación del proyecto debe incluir los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales. Esta cuestión se ha mencionado ya en el párrafo 8 *supra*. El Relator Especial considera que sería preferible no ampliar el proyecto de artículos a los efectos de los conflictos armados en los tratados en los que son partes organizaciones internacionales. El presente proyecto se concibe como complemento de la Convención de Viena de 1969. Queda a criterio de la Comisión completar con otro proyecto la Convención de Viena de 1986.

15. Una vez resuelta la cuestión de la inclusión o exclusión de los tratados en los que son partes una o varias organizaciones internacionales, debe estudiarse a continuación el problema de la inclusión o exclusión de las situaciones de conflicto no internacional. No cabe duda de que el texto actual del apartado *b* del proyecto de artículo 2 no prevé ninguna exclusión a este respecto, por lo que debería aplicarse a todos los conflictos armados, aunque el texto o el comentario no digan nada al respecto. Aunque criticada por algunos¹⁵, esta solución ha recibido el apoyo de la mayoría de los Estados¹⁶. Por consiguiente, puede mantenerse.

16. Quedaría aún por definir la noción de conflicto armado. Como se observa en el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 2, relativo a su apartado *b*, esa disposición contiene una definición adaptada a las necesidades específicas del presente proyecto de artículos, que se limita a los conflictos armados «que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados». De este modo, según el proyecto actual, las definiciones de la noción de «conflicto armado» pueden variar en función de los ámbitos en los que deben aplicarse. Esta solución complace a algunos¹⁷ y disgusta a otros¹⁸. El Relator Especial considera que sería perjudicial para

¹⁵ Indonesia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 49; Irán (República Islámica del), *ibíd.*, párr. 54; y Polonia, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 49, y documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁶ Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1; Ghana, *ibíd.*, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 2; Grecia, *ibíd.*, párr. 41; Hungría, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 32; Nueva Zelandia, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 18; Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 31; y Suiza, *ibíd.*, párr. 66, y documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁷ Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁸ Eslovenia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 26; Japón, *ibíd.*, párr. 38; Ghana y Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

la unidad del derecho de gentes aplicar una determinada definición en el ámbito del derecho internacional humanitario y otra completamente diferente en el del derecho de los tratados.

17. El Relator Especial toma nota de las dudas expresadas por un Estado¹⁹ en cuanto a la oportunidad de definir los «conflictos armados». Incluso si se comparten esas dudas, hay que admitir que un proyecto de artículos como el propuesto por la Comisión no es viable sin un mínimo de definiciones, sobre todo de las nociones que determinan el objeto del proyecto.

18. ¿Qué definición debe adoptarse? En la medida en que el proyecto de artículos debe incluir tanto los conflictos internos como los internacionales, no conviene utilizar el artículo 1 de la resolución sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobada en 1985 por el Instituto de Derecho Internacional²⁰, ya que, pese al título de dicha resolución, ésta sólo se refiere a los conflictos de carácter internacional. Además, se trata de una definición *ad hoc*, adoptada con un fin específico; ese tipo de solución se descartó ya, en principio, en el párrafo 16 *supra*.

19. Otra solución sería reproducir las definiciones que figuran en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). El artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra dispone que

el [...] Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

Por su parte, el artículo 1, párr. 1, del Protocolo II define los conflictos armados no internacionales del siguiente modo:

conflictos armados [...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

20. Tal vez podrían conjugarse ambos textos con objeto de definir finalmente la noción de conflicto armado. Esa solución tendría la ventaja de ser precisa y hacer converger las nociones de «conflicto armado» en los ámbitos del derecho internacional humanitario y el derecho de los tratados. Pero sería una definición engorrosa y, en cierto modo, circular. Además, el primero de esos textos se ha visto hasta cierto punto superado por la evolución contemporánea (habla de «guerra», de «guerra declarada» y de «estado de guerra»). No obstante, si se decide optar por esta solución, para no alargar demasiado el texto podría incluirse en el apartado *b* del proyecto de artículo 2 una

mera referencia al artículo 2 común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y al artículo 1, párr. 1, del Protocolo II. Para el Relator Especial, la solución dista de ser ideal: las remisiones a otros textos hacen que los proyectos de artículos sean áridos y abstractos.

21. Otra posibilidad sería utilizar un texto más contemporáneo, simple y sintético, como, por ejemplo, la fórmula empleada en 1995 por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Tadić*:

existe conflicto armado siempre que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado²¹.

Esta fórmula, que podría pensarse en incorporar al apartado *b* del proyecto de artículo 2, parece suficientemente concreta y sintética, sobre todo cuando se refiere a «grupos armados organizados» sin recordar todas las características de tales grupos que se enumeran en el artículo 1, párr. 1, del Protocolo II (mando responsable; ejercicio de control sobre una parte del territorio estatal; capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; capacidad de aplicar el Protocolo II). No obstante, para poder utilizarse, la fórmula en cuestión debe despojarse de su última parte («o entre esos grupos dentro de un Estado»), ya que, a tenor de los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 3, éste sólo se aplica a situaciones que afectan al menos a un Estado parte en el tratado que participa en el conflicto armado. Este requisito no se cumple cuando grupos armados organizados se enfrentan dentro de un Estado. Teniendo en cuenta esta salvedad, la Comisión podría utilizar una solución calcada de la fórmula *Tadić*.

22. Sin embargo, un Estado²² considera que habría que ir todavía más lejos y regular en el proyecto de artículos la cuestión del efecto jurídico de los conflictos no internacionales y los problemas que plantea la presencia de milicias, facciones armadas, civiles que se convierten en actores del conflicto, personas que pasan a ser soldados y mercenarios reclutados para la ocasión. No cabe duda de que la presencia de tales elementos puede formar parte de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para decidir si existe o no continuidad (¿en el marco del apartado *b* del proyecto de artículo 4?).

23. Si se mantiene la idea, admitida en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, de que el proyecto debería abarcar tanto los conflictos internacionales como los internos, habría que examinar también si ambas categorías de conflictos tienen los mismos efectos en los tratados²³.

²¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»*, caso n.º IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones, sentencia de 2 de octubre de 1995, *Recueil judiciaires 1994-1995*, pág. 428, párr. 70.

²² Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1.

²³ China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión*(A/C.6/63/SR.17), párr. 53; Rumania, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 52; y Suiza, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 66, y documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁹ Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

²⁰ «Les effets des conflits armés sur les traités», resolución aprobada en la sesión de Helsinki el 28 de agosto de 1985.

24. A continuación se examinará una serie de cuestiones relacionadas con las que acaban de mencionarse. Dos Estados²⁴ desearían precisar que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho internacional humanitario, que constituye una *lex specialis* en el ámbito del derecho de los conflictos armados. Tal precisión podría perfectamente incluirse en un comentario sobre el proyecto de artículo 2. Asimismo, cabría la posibilidad de incluirla en el texto de los artículos, añadiendo una nueva disposición a las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio» (proyectos de artículos 14 y 16 a 18).

25. Un Estado²⁵ destaca acertadamente la existencia de una incongruencia entre el proyecto de artículos y el tenor del artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, que es la base de los trabajos de la Comisión sobre el presente tema. El artículo en cuestión establece que las normas de la Convención de Viena «no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de [...] la ruptura de hostilidades entre Estados». Se invoca este texto para indicar que los conflictos armados no internacionales deberían excluirse del ámbito de aplicación del proyecto, ya que el mandato de la Comisión se limitaría, conforme al artículo 73, a los conflictos interestatales. Sin embargo, difícilmente puede interpretarse que el artículo 73 establece una prohibición formal de examinar materias que no lo han sido hasta el momento. Ese mismo Estado admite tal conclusión al erigirse en defensor de la inclusión de las organizaciones internacionales que se mencionan en el artículo 74, párr. 1, de la Convención de Viena de 1986.

26. Otro Estado²⁶ exige la inclusión de la noción de embargo en la definición de conflicto armado. La dificultad de aceptar esa propuesta se debe a que el embargo es una medida coercitiva que puede producirse, en ciertas condiciones, en situaciones tanto de paz como de conflicto armado. Si la medida se adopta en tiempo de paz, no tiene nada que ver con el tema objeto de análisis. Si se adopta en el marco de un conflicto armado, es éste el que produce los efectos en el tratado, y no el embargo, que no deja de ser un elemento incidental de aquel.

27. Un Estado²⁷ propone sustituir la expresión «estado de guerra» utilizada en el apartado *b* del proyecto de artículo 2 por «estado de beligerancia», y justifica esta propuesta observando que el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 habla de «ruptura de hostilidades». No se aprecia con claridad en qué medida la modificación mejoraría la disposición de que se trata: las nociones de estado de beligerancia y de ruptura de hostilidades no son plenamente intercambiables, y tampoco son, por lo demás, idénticas a la noción de conflicto armado. De cualquier modo, si se acepta la propuesta formulada en el párrafo 21 *supra* —utilización de la fórmula Tadić—, la cuestión sería irrelevante.

²⁴ Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación; y Estados Unidos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 21.

²⁵ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 53.

²⁶ Cuba, documento A/CN.4/622 y Add.1.

²⁷ Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 32.

28. Lo mismo puede decirse de la propuesta formulada por un Estado²⁸ de evitar la palabra «operaciones» que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 2, que por lo general se reserva para los conflictos armados interestatales. Esta cuestión no tendría razón de ser si se utilizara la fórmula Tadić. No obstante, en cualquier caso, la expresión «operaciones» también se utiliza para las actividades de grupos armados organizados, como pone de relieve el artículo 1, párr. 1, del Protocolo II (véase el párrafo 19 *supra*), que, al definir esos grupos, utiliza el criterio del ejercicio, por su parte, de un control sobre una parte del territorio estatal «tal que les permita realizar *operaciones militares** sostenidas y concertadas».

29. Por último, se plantea el problema de la ocupación. Cuando se produce en el marco de un conflicto armado, ¿queda englobada en éste, de modo que sería innecesario mencionarla de forma específica? El Estado que suscitó el problema²⁹ considera que ambos términos se refieren a realidades diferentes. No lo estima así el Relator Especial: la ocupación es un incidente que se produce durante los conflictos armados, como indica claramente el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra al considerar que esos instrumentos son aplicables a la ocupación. No obstante, para mantener la mayor claridad posible, se recomienda mantener el párrafo 6 del comentario al proyecto de artículo 2 que afirma, *expressis verbis*, que el proyecto se aplica a la ocupación aunque no existan actividades armadas entre las partes.

30. Por consiguiente, el proyecto de artículo 2 podría quedar redactado del siguiente modo:

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) se entiende por «conflicto armado» cualquier situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados.

C. Falta de una norma que disponga la terminación o suspensión *ipso facto* de los tratados en caso de conflicto armado (proyecto de artículo 3)

31. El proyecto de artículo 3 dispone que el estallido de un conflicto armado no produce necesariamente la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación entre los Estados partes en el conflicto o entre un Estado parte en este último y un tercer Estado. Esa disposición, titulada: «Carácter no automático de la terminación o la suspensión de la aplicación», procede directamente del

²⁸ Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

²⁹ Estados Unidos, *ibíd.*, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 21.

artículo 2 de la ya mencionada resolución del Instituto de Derecho Internacional, que tiene la siguiente redacción:

El estallido de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados en vigor entre las partes en el conflicto armado ni la suspensión de su aplicación³⁰.

32. No obstante, hay dos diferencias entre ambos textos: *a)* mientras que la resolución del Instituto de Derecho Internacional sólo se refiere a la situación de los tratados en vigor entre las partes en el conflicto armado, el proyecto de la Comisión está destinado a abarcar el efecto de los conflictos armados tanto entre Estados que son partes en el tratado y en el conflicto armado, como entre un Estado que es parte en el conflicto y un «tercer» Estado, es decir, un Estado parte en el tratado que no participa en el conflicto; y *b)* el texto del Instituto utiliza la expresión *ipso facto*, mientras que el proyecto de artículo 3 elaborado por la Comisión lo sustituyó en primer término por «automáticamente», y más tarde por «necesariamente».

33. En general, el proyecto de artículo 3 ha gozado de buena aceptación. Ningún Estado ha discutido la idea básica, según la cual el estallido de un conflicto armado en el que participen uno o varios Estados partes en un tratado no entraña, en sí mismo, la terminación o la suspensión. Dicho de otro modo, hay acuerdos cuyo contenido (proyecto de artículo 5) o las circunstancias que llevan aparejadas (proyecto de artículo 4) sugieren o implican la continuidad. Ello significa que, por razón de su contenido o de ciertos indicios, hay acuerdos que se mantienen. Puede que, como han indicado los Estados en sus intervenciones, las palabras «necesariamente» o «automáticamente» sean equívocas³¹. Por el contrario, parece que la expresión «*ipso facto*» refleja de manera completamente exacta lo que el Instituto de Derecho Internacional y la Comisión quieren decir. Siguiendo a la mayoría de los Estados que se han manifestado al respecto³², el Relator Especial propone volver a la expresión «*ipso facto*», pese a la preferencia expresada por un Estado a favor de la palabra «necesariamente»³³.

34. Un Estado³⁴ desearía ir más lejos y, sin proponer un texto concreto para el proyecto de artículo 3, sugiere un redacción «de modo afirmativo». Si el Relator Especial ha comprendido correctamente, este artículo debería afirmar que en principio los tratados siguen desplegando sus efectos en caso de conflicto armado. En el estado actual del derecho internacional, y como demuestra por lo demás la acogida dispensada al proyecto de artículo 3, no es posible

ir tan lejos. Además, una redacción «de modo afirmativo» de esta disposición podría obligar a replantear por completo el proyecto de artículos.

35. El mismo Estado solicita que se haga mención de los «tratados que establecen fronteras» terrestres o marítimas en el texto del proyecto de artículo 3³⁵. Es cierto que esta categoría de acuerdos reviste gran importancia, como demuestra el hecho de que mientras el conflicto no finaliza, las fronteras se mantienen como están; puede existir ocupación, pero no anexión³⁶, y como pone igualmente de relieve el segundo lugar que ocupa ese tipo de acuerdos en la lista anexa al proyecto de artículos, inmediatamente después de la categoría de tratados relativos al derecho de los conflictos armados, que pasan a ser aplicables en caso de conflicto armado. Todo ello indica que la estabilidad de las fronteras terrestres o fluviales, incluidas las delimitaciones marítimas y los regímenes territoriales, es un principio fundamental³⁷. Extraer esta categoría de la lista anexa al proyecto de artículos para incorporarla al proyecto de artículo 3 desvirtuaría los elementos esenciales del proyecto, que afirma, en primer lugar, que los tratados existentes no dejan, *ipso facto*, de desplegar sus efectos y, en segundo término, que conforme al proyecto de artículo 5 el contenido de ciertos tratados —entre ellos los relativos a las fronteras, las delimitaciones y los regímenes territoriales— es el motivo por el que siguen aplicándose. Por lo tanto, es preciso destacar que, según una práctica generalmente aceptada, esos tratados se cuentan entre los acuerdos con mayores garantías de aplicación continuada. No hay ningún motivo para modificar el proyecto de artículo 3 en el sentido propuesto. Por el contrario, existen todas las razones posibles para mencionar esta categoría de convenciones en el proyecto de artículo 5 (sobre este extremo, véase el párrafo 61 *infra*).

36. Según lo observado por otro Estado³⁸, el proyecto de artículo 3 regula la situación de los tratados: *a)* entre los Estados partes en un conflicto armado que también son partes en el tratado; y *b)* entre un Estado parte en el conflicto armado y parte en el tratado, por un lado, y un tercer Estado, por otro, es decir, un Estado parte en el tratado que no participa en el conflicto. Los efectos del estallido del conflicto podrían ser diferentes en las dos hipótesis, y esa diferencia debería reflejarse en el proyecto.

37. Por último, habría que resolver un problema de terminología³⁹. Según el texto actual del proyecto de artículo 3, los «actores» de las situaciones en cuestión son: *a)* los Estados partes en un tratado; *b)* el Estado parte o los Estados partes en un conflicto armado, y *c)* los «terceros Estados». Es importante precisar, cuando pueda haber dudas, en qué es parte el Estado: en un tratado, en

³⁰ «Les effets des conflits armés sur les traités», pág. 281.

³¹ Irán (República Islámica del), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 55, y Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1. Podrían significar, por ejemplo, que junto a los indicios del proyecto de artículo 4 y las indicaciones relativas a la materia del tratado mencionadas en el proyecto de artículo 5 y el anexo del proyecto de artículos existieran otros criterios que justificaran el mantenimiento del tratado en cuestión.

³² Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 42; y Ghana, Polonia y Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

³³ Malasia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 10.

³⁴ Irán (República Islámica del), *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 55 y documento A/CN.4/622 y Add.1.

³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 53.

³⁶ Véase Bothe, «Occupation, Belligerent», pág. 764.

³⁷ Véase el laudo *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, RSA, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), pág. 121.

³⁸ Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 72.

³⁹ Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

un conflicto armado o en ambas cosas a la vez. En cuanto a los «terceros Estados», puede tratarse de países ajenos al conflicto armado, ajenos al tratado o ajenos a ambas cosas. Se podría intentar aclarar las cosas en el texto del proyecto de artículo 3 (véase el párrafo 40 *infra*).

38. Según otra crítica⁴⁰, el título del proyecto de artículo 3 («Carácter no automático de la terminación o la suspensión de la aplicación») sería poco claro; se propone sustituirlo por «Presunción de continuación». El Relator Especial comparte el diagnóstico, pero no el tratamiento propuesto. El proyecto de artículo 3 no contiene una presunción que subsista mientras no se demuestre lo contrario; como indican los proyectos de artículos 4 y 5, la situación de los tratados que afectan a uno o más Estados que participan en un conflicto —internacional o no— vendrá determinada por una serie de factores (indicios que figuran en el proyecto de artículo 4; materia sobre la que versa el tratado, véase el proyecto de artículo 5). Por consiguiente, parece necesario encontrar una expresión a la vez neutra y clara. Por el momento, el único texto que viene a la mente es: «Falta de extinción o de suspensión *ipso facto*». La fórmula carece de elegancia, pero refleja el contenido del artículo.

39. La última cuestión que ha de examinarse en relación con el presente artículo es la siguiente: ¿debería la Comisión considerar «el caso de dos Estados partes en un tratado que se encuentren en el mismo lado de un conflicto armado»?⁴¹ Da la impresión de que sí; en todo caso la redacción actual del apartado *a* del proyecto de artículo 3 no descarta esa hipótesis, lo que no significa que no pudiera excluirse si la Comisión lo deseara.

40. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el proyecto de artículo 3 podría redactarse del siguiente modo:

Falta de extinción o de suspensión ipso facto

El estallido de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación:

***a)* entre los Estados partes en el tratado que también son partes en el conflicto;**

***b)* entre un Estado parte en el tratado, que también sea parte en el conflicto, y un tercer Estado que no es parte en el conflicto.**

D. Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro o la suspensión de la aplicación (proyecto de artículo 4)

41. El proyecto de artículo 4 dispone que para determinar si se da por terminado o se suspende un tratado cuando estalla un conflicto armado hay que recurrir a:

a) los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 relativos a la interpretación de los tratados; y *b)* la naturaleza y el alcance del conflicto armado y sus efectos en el tratado, la materia objeto de éste y el número de partes en el tratado.

42. Antes de abordar el fondo de esta disposición y las controversias que ha suscitado en la Comisión y entre los Estados es necesario responder a las preguntas preliminares planteadas por un Estado⁴². ¿A quién y para qué sirve esta disposición? ¿A los Estados, para orientar su comportamiento en una situación de esas características? ¿Al juez internacional, cuando deba pronunciarse sobre si el Estado, al actuar sobre la base del proyecto de artículo 8 (Notificación de terminación, retiro o suspensión), ha respetado las normas aplicables del derecho internacional? La respuesta del Relator Especial será breve: la disposición sirve para lo uno y para lo otro. El proyecto de artículo 4 pone de relieve los elementos que permiten resolver en un caso concreto si existe la posibilidad de terminación, retiro o suspensión. Si durante un conflicto armado un Estado afectado procede a realizar la notificación prevista en el proyecto de artículo 8 sin respetar las condiciones que figuran en él —si la interpretación dada al tratado conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 indica que no había, entre las partes en el tratado, ninguna voluntad común de dar por terminado el tratado, retirarse de él o suspender su aplicación y no hay ningún motivo válido para justificar tal petición sobre la base de la naturaleza y el alcance del conflicto, el efecto previsible de dicho conflicto en el tratado, la materia objeto de éste o el número de partes en el tratado—, esos elementos llevarán a considerar que, una vez terminado el conflicto armado, el Estado que ha actuado de esa manera debe responder por sus incumplimientos.

43. Los criterios que deben incluirse en el proyecto de artículo 4 fueron cuestionados en el seno de la Comisión, como lo son hoy por los Estados que critican el proyecto de la Comisión. Una primera crítica consiste en afirmar que criterios como la «naturaleza y el alcance del conflicto armado» y los «efectos del conflicto armado en el tratado» llevan a una «definición circular»⁴³. El Relator Especial no percibe con claridad este escollo. Por ejemplo, es posible que un conflicto armado a gran escala relativo a un territorio que, conforme al acuerdo en cuestión, sea objeto de un régimen de cooperación, ponga fin al acuerdo como consecuencia del alcance o la duración del conflicto. Es evidente que esos elementos, el segundo de los cuales no puede concurrir sino con el paso del tiempo, pueden crear condiciones que hagan imposible el cumplimiento del tratado y socaven la confianza de las partes en conflicto.

44. Al parecer, algunos Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de artículo 4⁴⁴ estiman que la Comisión ha eliminado el criterio de la intención de los Estados en el momento de celebrar el tratado, mientras

⁴² Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁴³ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 36.

⁴⁴ República Checa, *ibíd.*, párr. 83; Nueva Zelandia, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 18; y Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁴⁰ Suiza, *ibíd.*

⁴¹ Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 72.

que otro Estado⁴⁵ parece considerar que este criterio carece de efectos prácticos significativos. Otro Estado⁴⁶ y el Relator Especial piensan que la intención expresada por los Estados partes al celebrar el tratado o en un momento posterior, en la medida en que ponga de relieve cualquier elemento sobre la cuestión que aquí se debate, es un elemento importante que resulta de la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969; por lo tanto, no es necesario añadir una referencia a la intención de los Estados partes, como parece desear un Estado⁴⁷. En cualquier caso, si se quisiera ser más explícito de lo que es el texto actual, el apartado *a* del proyecto de artículo 4 podría quedar reformulado del siguiente modo: «la intención de las partes según se desprende de la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados». Por lo demás, el apartado *a* del proyecto de artículo 4 debe mantenerse.

45. Según otro punto de vista⁴⁸, habría que suprimir la referencia a «la naturaleza y el alcance del conflicto armado» que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 4, bien porque podría contradecir lo dispuesto en el apartado *b* del proyecto de artículo 2⁴⁹, bien porque debería adaptarse a los motivos tradicionales de terminación y suspensión, con el fin de no desestabilizar las relaciones convencionales entre los Estados; y lo mismo podría decirse de elementos como la naturaleza y la intensidad del conflicto armado, los efectos de éste en los tratados, la materia objeto de ellos o el número de partes, que son todos ellos «indicios [...] abstractos»⁵⁰. Por el contrario, otro Estado⁵¹, al igual que el Relator Especial, desea que se mantengan esos elementos. De entrada, no se alcanza a comprender la contradicción entre el apartado *b* del proyecto de artículo 2 (texto actual), que exige una cierta intensidad para poder calificar un conflicto de «conflicto armado», y la idea de una intensidad mayor que serviría como indicio para permitir la terminación o la suspensión conforme al apartado *b* del proyecto de artículo 4. Y, en cualquier caso, la supuesta contradicción desaparecería si se aceptara el nuevo texto del apartado *b* del proyecto de artículo 4 propuesto en el párrafo 51 *infra*. En cuanto a las demás consideraciones invocadas por uno de los Estados que se opuso a la inclusión del elemento «naturaleza y alcance del conflicto armado», debe observarse que ese mismo Estado pidió que se tuvieran en cuenta elementos complementarios como la intensidad y la duración del conflicto⁵².

⁴⁵ Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 40.

⁴⁶ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 54.

⁴⁷ Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

⁴⁸ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 36; Belarús, *ibíd.*, párr. 40; e Irán (República Islámica del), 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 56.

⁴⁹ Irán (República Islámica del), *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 56.

⁵⁰ Belarús, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 40.

⁵¹ China, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁵² Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 40.

46. Se han propuesto varias ideas para completar el proyecto de artículo 4. Una primera sugerencia consiste en introducir nuevos «indicios»: el cambio de circunstancias, la imposibilidad de cumplimiento⁵³ y la violación sustancial del tratado⁵⁴. Dado que ya están regulados por los artículos 60 a 62 de la Convención de Viena de 1969 y el proyecto de artículo 17, estas adiciones no parecen necesarias.

47. Según las observaciones formuladas por otro Estado⁵⁵, habría que incluir en el proyecto de artículo 4 otros factores importantes, como los posibles resultados de una denuncia, un retiro o una suspensión del tratado. El texto del proyecto de artículo 4, que se propone en el párrafo 51 *infra* da respuesta a esa observación.

48. La materia objeto del tratado es el elemento esencial del proyecto de artículo 5. También se menciona, como observa un Estado⁵⁶, en el apartado *b* del proyecto de artículo 4. Dadas las circunstancias, y para evitar cualquier confusión, lo apropiado sería suprimir la referencia a la materia objeto del tratado que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 4.

49. Algunos Estados⁵⁷ desearían que el apartado *b* del proyecto de artículo 4 indicara que la lista de «indicios» que contiene no es exhaustiva; sin embargo, esa precisión figura ya en el párrafo 4 del comentario del actual proyecto de artículo 4. Es cierto que esa indicación podría trasladarse al texto del apartado *b* del proyecto de artículo 4, aunque tal cambio debilitaría el carácter normativo del texto.

50. Quedaría por abordar una última cuestión. Se ha observado⁵⁸ que no se puede hablar de «retiro» en el contexto del proyecto de artículo 4 porque tal mención estaría en contradicción con el proyecto de artículo 3. El Relator Especial no aprecia en qué consiste la contradicción y, por consiguiente, propone que se mantenga el texto actual.

51. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el proyecto de artículo 4 podría tener el siguiente tenor:

Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro o la suspensión

Para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión en caso de conflicto armado, se recurrirá en particular a:

a) la intención de las partes en el tratado según se desprende de la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; y

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Chipre, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 8.

⁵⁵ China, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁵⁶ Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

⁵⁷ China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 54; El Salvador, *ibíd.*, párr. 12; e Israel, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 33.

⁵⁸ Irán (República Islámica del), *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 56.

b) la naturaleza, el alcance, la intensidad y la duración del conflicto armado, los efectos de dicho conflicto en el tratado y el número de partes en el tratado.

E. Aplicación de tratados resultante implícitamente de su materia (proyecto de artículo 5 y anexo)

52. La materia de un tratado puede implicar que éste continúe aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado. El proyecto de artículo 5 precisa que, en tal caso, el estallido de un conflicto armado no entraña, por sí mismo, la inaplicabilidad del tratado. El proyecto de artículos tiene un anexo titulado «Lista indicativa de las categorías de tratados a que se refiere el proyecto de artículo 5», que contiene las siguientes categorías: *a)* los tratados que regulan los conflictos armados; *b)* los tratados que establecen una frontera, una delimitación o un régimen permanente; *c)* los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados; *d)* los tratados para la protección internacional de los derechos humanos; *e)* los tratados relativos a la protección del medio ambiente; *f)* los tratados relativos a los cursos de agua; *g)* los tratados relativos a los acuíferos; *h)* los tratados multilaterales normativos; *i)* los tratados relativos a la solución pacífica de controversias entre Estados; *j)* los tratados relativos al arbitraje comercial; *k)* los tratados relativos a las relaciones diplomáticas; y *l)* los tratados relativos a las relaciones consulares. Esta lista comprende categorías de acuerdos cuya subsistencia ha sido considerada útil por los Estados interesados hasta el punto de seguir aplicándolos, en su totalidad o en parte, a pesar de la catástrofe que representa para esos Estados el estallido de conflictos armados⁵⁹.

53. Antes de analizar las reacciones al proyecto de artículo 5 y a la lista que figura como anexo del proyecto de artículos cabe hacer cuatro observaciones preliminares. En primer lugar, aunque en el tipo de situaciones contempladas el estallido de un conflicto armado no impide, en sí mismo, que se siga aplicando el tratado, esa aplicación puede verse frustrada por elementos distintos del estallido del conflicto. En segundo lugar, cabe la posibilidad de seguir aplicando el tratado en su conjunto o, por el contrario, únicamente una parte de él; esta cuestión debe resolverse, en opinión del Relator Especial, sobre la base de los «indicios» previstos en el proyecto de artículo 4. En tercer lugar, la lista que figura como anexo del proyecto de artículos se califica de «indicativa» en el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 5, lo que parece significar que: *a)* cabe tomar en consideración otros elementos, y *b)* los tratados no subsisten simplemente por pertenecer a una de las categorías de la lista. Y debe añadirse que los tratados pueden formar parte de una categoría u otra, o no pertenecer a ninguna de ellas pero contener disposiciones que sí formen parte de esas categorías. Sobre la base de estas consideraciones, y habida cuenta de las demás variables que figuran en el proyecto de artículos, cabe constatar que, más que normas rígidas («*hard and fast rules*»), este texto ofrece orientaciones, lo cual no resulta nada sorprendente dada la naturaleza del problema en cuestión. En cuarto y último lugar, la lista que figura como anexo del proyecto de artículos,

cuyo contenido es cuestionado por varios Estados que pretenden entre otras cosas completarla, modernizarla o hacerla más abstracta, o precisar los criterios de subsistencia de los tratados⁶⁰, debe considerarse, según señala otro Estado⁶¹, como indicativa y no como una afirmación de que los tipos de tratados mencionados nunca se ven afectados por conflictos armados.

54. La tarea que incumbe ahora al Relator Especial es examinar algunas observaciones concretas referidas al proyecto de artículo 5. En una de ellas⁶² se pide que se aclare el tenor de ese proyecto. El Relator Especial no se opone a ello, pero no puede proponer modificaciones sin contar con indicaciones más precisas. Un grupo de Estados⁶³ parece sostener que, en el contexto del proyecto de artículo 5, el tratado o las cláusulas que subsisten no han de aplicarse necesariamente tal cual, sino a la luz de algunos principios convencionales básicos que deben tenerse en cuenta durante un conflicto armado. Si con esta observación se pretende indicar que el proyecto de artículo 5 debe aplicarse con cierta flexibilidad, no hay ningún inconveniente para adherirse a ella; de hecho, la flexibilidad es inherente al tenor actual de esta disposición. A otro Estado⁶⁴ le preocupa la subsistencia, en su totalidad o en parte, de los tratados cuya materia parece implicar cierta permanencia. Cabe imaginar que, si la respuesta no puede deducirse exclusivamente de la materia del tratado, entrarán en juego los indicios que figuran en el proyecto de artículo 4.

55. También se ha señalado⁶⁵ que algunos tratados se celebran con la finalidad precisa de aplicarse en época de conflicto armado, en particular las convenciones sobre derecho internacional humanitario, así como las relativas a los derechos humanos, las fronteras, límites o regímenes territoriales y el establecimiento de organizaciones intergubernamentales. La subsistencia del derecho internacional humanitario parece evidente, ya que se aplica en gran medida en época de conflicto armado⁶⁶, mientras que los tratados por los que se crean organizaciones internacionales, por ejemplo, pueden suspenderse parcialmente en época de conflicto. En opinión del Relator Especial, sería preferible, en aras de la claridad, establecer un artículo con la regla de principio seguido de una lista separada. Por el mismo motivo, y a fin de favorecer cierta flexibilidad, sería preferible no incorporar la lista en el proyecto de artículo 5, a diferencia de lo que sugiere algún Estado⁶⁷.

⁶⁰ Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22)*, párr. 12; Grecia, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 44; Israel, *ibíd.*, párr. 33; Japón, *ibíd.*, párr. 38; Italia, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 73; Malasia, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 10, y Polonia, *ibíd.*, párr. 49.

⁶¹ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 54.

⁶² República de Corea, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 53.

⁶³ Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 32.

⁶⁴ Italia, *ibíd.*, párr. 73.

⁶⁵ Belarús, *ibíd.*, párr. 41.

⁶⁶ A este respecto, véase el proyecto de artículo 7, relativo a los tratados que contienen disposiciones expresas sobre su aplicación en época de conflicto armado.

⁶⁷ Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17)*, párr. 33.

⁵⁹ Las categorías enumeradas son objeto de amplios comentarios en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte).

56. Un Estado⁶⁸ desea conocer los factores que permiten llegar a la conclusión de que un tratado o alguna de sus disposiciones deben seguir aplicándose (o que debe suspenderse esa aplicación o darse por terminada) en caso de conflicto armado. El Relator Especial considera que esos factores figuran en el texto del proyecto de artículos: en primer lugar, en el proyecto de artículo 5, que se refiere a la materia del tratado; a continuación, en la lista indicativa que figura como anexo del proyecto de artículos; y, por último, en caso de necesidad, en los «indicios» establecidos en el proyecto de artículo 4 (véase, a este respecto, la posición de China⁶⁹). Otro Estado⁷⁰ propone acotar los «factores pertinentes o criterios generales». En realidad, los factores en cuestión son una combinación de elementos generales y concretos: los «indicios» del proyecto de artículo 4 y la materia del tratado mencionada en el proyecto de artículo 5, criterio este que se basa en la práctica internacional, único valor más o menos fiable en un ámbito lleno de incertidumbres. Las decisiones que deben adoptarse en esta materia serían aún más aleatorias si se hiciera caso omiso de este valor.

57. Por lo que respecta a la subsistencia total o parcial de ciertos tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 5, un Estado⁷¹ estima, acertadamente, que una subsistencia parcial sólo es posible si las disposiciones del tratado son divisibles. En consecuencia, ese Estado opina que debería hacerse una remisión al proyecto de artículo 10 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado). También opina que el proyecto de artículo 5 debería hacer una referencia explícita a la lista que figura como anexo del proyecto de artículos. Por último, sugiere que se incluyan otros tratados en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5 tras un examen caso por caso. El Relator Especial piensa que la remisión al proyecto de artículo 10 (postura que también defiende Suiza) no es necesaria ni útil. Todas las disposiciones del proyecto de artículos que permiten la terminación o la suspensión parcial están sujetas a las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo 10; basta con confirmar este aspecto en el comentario al proyecto de artículo 5. Asimismo, sería superfluo que el texto del proyecto de artículo 5 se remitiera a la lista, puesto que ésta ya hace referencia a dicho proyecto. De manera general, deben limitarse las remisiones internas dentro del propio proyecto de artículos para evitar que la falta de remisión en un caso concreto pueda utilizarse, en otro caso, como prueba de la falta de conexión entre un artículo determinado y otro artículo. En cuanto a la tercera observación, relativa a la inclusión de otros tipos de acuerdos en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5 tras un examen caso por caso, tal posibilidad ya existe, puesto que la lista que figura como anexo del proyecto de artículos no es exhaustiva, sino indicativa (véase el párrafo 53 *supra*).

58. A diferencia de lo manifestado por un Estado⁷², el Relator Especial no cree que el proyecto de artículo 5 sea superfluo por el hecho de que la terminación y la suspensión no tengan carácter automático. El Estado en cuestión

argumenta que dado que ese principio está recogido en una norma general (el proyecto de artículo 3), no es necesario enumerar categorías específicas de acuerdos cuya materia implique que continúan aplicándose. El Relator Especial no comparte esta opinión. El proyecto de artículo 3 no establece, en modo alguno, la aplicabilidad automática, total o parcial, de los tratados cuando estalla un conflicto armado. De esa disposición y de las subsiguientes se desprende que tal cuestión debe examinarse con ayuda de los criterios establecidos en los proyectos de artículos 4 y 5 y en la lista que figura como anexo del proyecto de artículos. Así pues, el proyecto de artículo 5 es una disposición clave del proyecto de artículos.

59. En otra observación⁷³ se invita a la Comisión a estudiar las relaciones entre los proyectos de artículo 5 y 10. Como ya se señaló (véase el párrafo 57 *supra*), el Relator Especial considera que existe una relación entre ambas disposiciones, y también entre los proyectos de artículos 4 y 10. Como se acaba de explicar, los proyectos de artículos 4 y 5 establecen indicios, criterios o elementos que concretan lo previsto en el proyecto de artículo 3; su utilización permitirá determinar si un tratado subsiste total o parcialmente o si, por el contrario, se produce su terminación. Esta conclusión deberá examinarse luego a la luz del proyecto de artículo 10 (y también del proyecto de artículo 11). Si los proyectos de artículos 4 y 5 sugieren la subsistencia parcial del tratado, habrá de comprobarse, a la luz del proyecto de artículo 10: *a*) si las disposiciones en cuestión son separables del resto del texto convencional; *b*) si la aceptación de esas disposiciones no ha constituido, para la otra parte o las otras partes, una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto, y *c*) si el cumplimiento de la parte del tratado que subsiste no es injusta. En otras palabras, las condiciones establecidas en el proyecto de artículo 10 se añaden a las previstas en los proyectos de artículos 4 y 5. Puede hacerse un razonamiento similar en relación con el proyecto de artículo 11 (Pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación), en el sentido de que, incluso si ha existido un derecho a solicitar la suspensión o terminación total o parcial, ese derecho no podrá seguir invocándose una vez que el Estado interesado haya renunciado a él.

60. Un Estado⁷⁴ se queja de la vaguedad del proyecto de artículo 5 y alienta a la Comisión a proporcionar ejemplos de tratados o disposiciones convencionales que podrían subsistir. El Relator Especial admite que es difícil lograr tal precisión en este ámbito, pero recuerda que la lista que figura como anexo del proyecto de artículos aporta cierta precisión al respecto y que en su comentario figuran justamente ejemplos de esa índole.

61. Otro Estado⁷⁵ desea añadir un párrafo 2 al proyecto de artículo 5, redactado de la siguiente manera:

«Los tratados relativos a la protección de la persona, en particular los de derecho internacional humanitario,

⁶⁸ India, *ibíd.*, párr. 47.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 54.

⁷⁰ Israel, *ibíd.*, 18.^a sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 33.

⁷¹ Grecia, *ibíd.*, párr. 43.

⁷² Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁷³ Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 16.^a sesión (A/C.6/63/SR.16)*, párr. 32.

⁷⁴ Colombia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁷⁵ Suiza, *ibíd.*

derechos humanos y derecho penal internacional, así como la Carta de las Naciones Unidas, seguirán siendo o se harán aplicables en caso de conflicto armado.»

Esta propuesta parece atractiva. Si la gran mayoría de la Comisión la respaldara, el Relator Especial no se opondría a ella, aunque, en su opinión, las modificaciones propuestas podrían complicar las cosas en lugar de simplificarlas. Cabe preguntarse, en particular, si es posible limitarse a establecer la continuidad de los tratados relativos a la protección internacional de los derechos humanos, habida cuenta de la controversia sobre la medida en que cabe seguir aplicando los tratados de derechos humanos en época de conflicto armado y en qué medida corresponde al derecho internacional humanitario tomar el relevo⁷⁶. Cabe preguntarse también por el significado preciso del término «derecho penal internacional» (¿no sería preferible hablar de tratados sobre justicia penal internacional?). En tercer lugar, ¿es realmente útil y necesario hacer referencia a la Carta de las Naciones Unidas? En cualquier caso, esta modificación, que podría abarcar también los tratados de fronteras y límites (a este respecto, véase el párrafo 35 *supra*), debería implicar la desaparición de varias categorías de tratados de la lista que figura como anexo del proyecto de artículos.

62. Si se acepta la idea misma de una modificación de esa índole, sería necesario redactarla de la manera más precisa posible, por ejemplo del siguiente modo:

«Los tratados relativos al derecho de los conflictos armados y al derecho internacional humanitario, los tratados para la protección de los derechos humanos, los tratados en materia de justicia penal internacional y los tratados por los que se crea o regula un régimen, incluidos los que establecen o modifican fronteras terrestres o marítimas, seguirán siendo aplicables o pasarán a serlo en caso de conflicto armado.»

63. Procede centrarse ahora en la lista que figura como anexo del proyecto de artículos y examinar sucesivamente la idea misma de esa lista, sus características y su contenido, así como su relación con el proyecto de artículo 5.

64. Algunos Estados⁷⁷ consideran que no es deseable establecer esa lista y que podría incorporarse al comentario al proyecto de artículo 5, ya que las decisiones sobre la subsistencia de los tratados se adoptan caso por caso⁷⁸. Otro Estado propone incorporar la lista al proyecto de artículo 5⁷⁹. Y otros, por último, se adhieren a la solución elegida por la Comisión, es decir, la de una lista incluida como anexo del proyecto de artículos⁸⁰. Se puede dudar

entre esas opciones, al menos entre la opción de incluir la lista como anexo y la de incorporarla al comentario al proyecto de artículo 5 (no hay ninguna posibilidad de acoger la solución consistente en incluir la lista en el texto del proyecto de artículo). El Relator Especial es partidario de que se mantenga el texto actual del proyecto porque entraña un grado de obligatoriedad superior a la solución consistente en incorporar la lista al comentario.

65. Tras estas observaciones preliminares cabe hacer algunos comentarios generales. Nunca se recalcará lo suficiente el carácter indicativo de la lista⁸¹. El título de la lista así lo confirma. La consecuencia de esta característica es que la materia del tratado lo sitúa entre las «categorías» de acuerdos que, según la práctica, subsisten en su totalidad o en parte. No obstante, al ser indicativa, la lista no puede considerarse completa; además, pueden entrar en juego los «indicios» del proyecto de artículo 4. Con ello se responde a la cuestión⁸² de qué ocurre con las categorías de tratados que no figuran en la lista: dado que la lista sólo es indicativa, esas categorías pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 5.

66. Según otra observación general, el tema no se ha examinado lo suficiente y habría que estudiar más a fondo la práctica existente, en particular mediante cuestionarios enviados a los Estados; también se afirma que la práctica que figura en los comentarios se centra demasiado en la doctrina y práctica de los países de *common law*⁸³. Cabe responder lo siguiente a esta crítica: *a*) los comentarios no se limitan en absoluto a la práctica de las autoridades anglosajonas y, por lo demás, hay que basarse en la práctica existente y accesible (y quizá sea más accesible en los países anglosajones que en otros); *b*) si bien es posible que falten algunos precedentes, a pesar de la cuidadosa investigación realizada por el difunto predecesor del actual Relator Especial, la investigación se realizó con seriedad y no debería adolecer de lagunas importantes, y *c*) una nueva investigación realizada, en particular, mediante cuestionarios enviados a los Estados equivaldría a posponer indefinidamente la conclusión de la labor sobre este tema.

67. ¿Cuál debe ser el contenido de la lista? Algunos desearían que abarcara más categorías, y otros menos. Ciertos Estados son partidarios de establecer una lista más completa⁸⁴; otros sugieren que se incluyan categorías adicionales: tratados que incorporen normas de *jus cogens*⁸⁵ y tratados relativos a la justicia penal internacional⁸⁶. Por lo que respecta a los tratados que reproducen normas de *jus cogens*, esas normas subsisten en época de conflicto armado, al igual que las normas de *jus cogens* que no se

⁷⁶ En relación con esta controversia, véase, por ejemplo, Beauchamp, *Explosive Remnants of War and the Protection of Human Beings under Public International Law*, págs. 114 a 157.

⁷⁷ Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 32.

⁷⁸ En este mismo sentido, véase China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 54.

⁷⁹ Hungría, *ibíd.*, párr. 33.

⁸⁰ Chipre, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 9; Indonesia, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 49, y República de Corea, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 53.

⁸¹ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 54; Malasia, *ibíd.*, párr. 10; Polonia, *ibíd.*, párr. 49; Chipre, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 9; Japón, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 38 y Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁸² Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 12.

⁸³ Grecia, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párrs. 43 y 44.

⁸⁴ Japón, *ibíd.*, párr. 38; Malasia, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 10 y Polonia, *ibíd.*, párr. 49.

⁸⁵ Hungría, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 33, y Portugal, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁸⁶ Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

reproducen en disposiciones convencionales, ya que de lo contrario no serían normas de *jus cogens*. Por tanto, no parece indispensable incluir esta categoría de tratados. En cambio, está claro que las normas relativamente recientes en materia de justicia penal internacional deberían constituir una nueva categoría y ser incluidas en la lista, a pesar de la inexistencia o cuasi inexistencia de práctica en ese ámbito; además, se podría argumentar que la finalidad concreta de al menos una parte de esas normas es proteger a las personas en caso de conflicto armado.

68. Uno de los Estados que formuló observaciones sobre la lista desea que se vaya más lejos⁸⁷. Desea añadir una nueva categoría a los tipos de acuerdos que quiere incluir en el propio texto del proyecto de artículo 5 (tratados sobre derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional, Carta de las Naciones Unidas (véase el párrafo 61 *supra*)), a saber, los tratados por los que se establecen organizaciones internacionales. Pero también sugiere que se supriman cinco categorías: los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados; los tratados relativos a la protección del medio ambiente; los tratados relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas; los tratados relativos a los acuíferos e instalaciones y construcciones conexas; y los tratados relativos al arbitraje comercial.

69. El Relator Especial estaría de acuerdo en incluir en la lista los tratados por los que se establecen organizaciones internacionales, pero no ve, en cambio, ninguna necesidad de suprimir las cinco categorías mencionadas en el párrafo anterior. Su presencia se basa en la práctica, y la lista tiene carácter indicativo. Además, del proyecto de artículo 5 se desprende que el tratado puede seguir siendo aplicable en su totalidad o en parte, lo que significa que la subsistencia de un tratado que pertenece a una categoría que figura en la lista puede limitarse a algunas de sus disposiciones.

70. Por los motivos que acaban de exponerse ampliamente, el proyecto de artículo 5 y la lista incluida como anexo del proyecto de artículos podrían estar redactados de la siguiente manera:

Aplicación de tratados resultante implícitamente de su materia

[1.] En el caso de tratados cuya materia implique que continúan aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado, el estallido de un conflicto armado no afectará por sí mismo a su aplicación.

[2. Los tratados relativos al derecho de los conflictos armados y al derecho internacional humanitario, los tratados para la protección de los derechos humanos, los tratados en materia de justicia penal internacional y los tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o una situación permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los que establecen o modifican fronteras terrestres o fronteras y límites marítimos, seguirán siendo aplicables o pasarán a serlo en caso de conflicto armado.]⁸⁸

Anexo

Lista indicativa de las categorías de tratados a que se refiere el proyecto de artículo 5

[a] Los tratados relativos al derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario;

b) Los tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o una situación permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas;]

[c] Los tratados en materia de justicia penal internacional;]

d) Los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados;

[e] Los tratados para la protección de los derechos humanos;]

f) Los tratados relativos a la protección del medio ambiente;

g) Los tratados relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas;

h) Los tratados relativos a los acuíferos e instalaciones y construcciones conexas;

i) Los tratados multilaterales normativos;

j) Los tratados por los que se establece una organización internacional;

k) Los tratados relativos a la solución de controversias entre Estados por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la mediación, el arbitraje o la sumisión a la Corte Internacional de Justicia;

l) Los tratados relativos al arbitraje comercial;

m) Los tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares⁸⁹.

F. Celebración de tratados durante un conflicto armado (proyecto de artículo 6)

71. El proyecto de artículo 6 establece dos reglas: a) un Estado parte en un conflicto armado puede seguir celebrando tratados, y b) en época de conflicto armado, los Estados pueden celebrar entre ellos acuerdos lícitos sobre la terminación o la suspensión de tratados que, en caso contrario, seguirían siendo aplicables.

72. Un Estado⁹⁰ considera que debe suprimirse esta disposición porque la Comisión, al incluir ese texto, creyó detectar un problema que en realidad no existe.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ El texto entre corchetes refleja las cuestiones debatidas en los párrafos 62 a 64 del presente informe.

⁸⁹ Las categorías entre corchetes son las que podrían incorporarse a un nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 5.

⁹⁰ Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

La capacidad para celebrar tratados se deriva de la independencia del Estado y de su personalidad internacional. Nunca se habría logrado ningún tratado de paz y ningún armisticio si los Estados partes en un conflicto armado no conservaran esa capacidad. Al señalar expresamente que subsiste la capacidad de celebrar tratados, se siembran dudas y confusión.

73. Estas críticas se refieren al párrafo 1 del proyecto de artículo 6, que, como se indica en el párrafo 2 del comentario a esta disposición, recoge la «proposición básica» de que un conflicto armado no afecta a la capacidad para celebrar tratados de los Estados que participan en él. Esta afirmación no requiere ninguna justificación⁹¹. Dicho esto, la propuesta de suprimir el proyecto de artículo 6 no tiene en cuenta que su párrafo 1 sirve de introducción al párrafo 2 y que este último no debe en ningún caso desaparecer, ya que permite a los Estados interesados suspender o dar por terminados tratados o partes de tratados que, en caso contrario, seguirían siendo aplicables en época de conflicto armado. Esta última afirmación parece menos evidente que la regla del párrafo 1 del proyecto de artículo 6.

74. Otro Estado⁹² desearía que se precisara, aunque sólo fuera en el comentario, que el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 se entiende sin perjuicio de la norma del proyecto de artículo 9, según la cual la terminación o suspensión total o parcial de un tratado cuando se produce un conflicto armado no exime a los Estados interesados del deber de cumplir las normas del derecho internacional distintas de las disposiciones del tratado que se pretende terminar o suspender. Así, dos Estados beligerantes no podrían, de común acuerdo y de un plumazo, poner fin a la aplicación de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y los Protocolos I y II en las relaciones entre ellos. El Relator Especial considera justificado conservar el proyecto de artículo 6 y precisar en el comentario que dicho proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 9.

75. La referencia a los «acuerdos lícitos» que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 tiene el mismo objetivo: impedir que un acuerdo *inter se* (véase el artículo 41, párr. 1, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969) entre algunos Estados partes menoscabe el objeto y fin de disposiciones convencionales o consuetudinarias como las de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y los Protocolos I y II. Por esta razón, y a diferencia de lo sugerido por ciertos Estados⁹³, el Relator Especial alberga dudas sobre la supresión del adjetivo «lícito». Pero quizá sea necesario explicar en el comentario por qué es importante ese adjetivo.

76. Habida cuenta de lo anterior, el proyecto de artículo 6 podría quedar redactado de la siguiente manera:

⁹¹ Sin embargo, como se señala en el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 6, eminentes especialistas como McNair [*The Law of Treaties*, pág. 696] y Fitzmaurice [*«The juridical clauses of the peace treaties»*, pág. 309] han considerado necesario manifestarse sobre esta cuestión.

⁹² Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁹³ Colombia, documento A/CN.4/622 y Add.1; Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

Celebración de tratados durante un conflicto armado

1. El estallido de un conflicto armado no afecta a la capacidad de un Estado parte en el conflicto para celebrar tratados de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

2. Durante un conflicto armado, los Estados podrán celebrar acuerdos lícitos sobre la terminación o la suspensión de un tratado o de una parte de un tratado aplicable entre ellos en situaciones de conflicto armado.

G. Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados (proyecto de artículo 7)

77. Según el proyecto de artículo 7, «[l]os tratados que así lo dispongan expresamente continuarán aplicándose en situaciones de conflicto armado». No cabe duda de que habría sido preferible añadir, a fin de abarcar todas las posibilidades, «o en la medida en que lo hagan» para tener en cuenta la hipótesis de una aplicación parcial. No obstante, si se acepta la nueva redacción propuesta en el párrafo 81 *infra* esa modificación dejaría de ser necesaria.

78. Dos Estados⁹⁴ proponen que se suprima este artículo o que se modifique⁹⁵. El Relator Especial (al igual que Colombia⁹⁶) no respalda la propuesta de supresión, pero estima que el proyecto de artículo 7 está mal ubicado y que podría redactarse mejor.

79. Por lo que respecta a la ubicación de esta disposición, un Estado⁹⁷ sugiere colocarla cerca del proyecto de artículo 5. Otro Estado⁹⁸ piensa que el proyecto de artículo 7 no es más que un supuesto de aplicación del proyecto de artículo 4 (Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro o la suspensión) y que, por tanto, debería figurar después de éste. El Relator Especial comparte la opinión de que la ubicación del proyecto de artículo 7 no es la correcta. Pero no lo colocaría después de los proyectos de artículos 5 o 4, sino después del proyecto de artículo 3. Esta solución dotaría de un orden lógico al conjunto de las disposiciones aplicables a los problemas que se pretende resolver: a) principio general de la inexistencia de una norma que implique la terminación o suspensión *ipso facto* (proyecto de artículo 3); b) primera posibilidad: las disposiciones del propio tratado ofrecen una respuesta al respecto (proyecto de artículo 7, que pasaría a ser el proyecto de artículo 3 *bis*); c) segunda posibilidad: examen de una serie de indicios que permiten determinar si el tratado se sigue aplicando, si se suspende total o parcialmente o si se produce su terminación (proyecto de artículo 4); d) tercera posibilidad (que puede combinarse con la segunda): el tratado forma parte, en razón de su materia, de los tratados que

⁹⁴ Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22)*, párr. 13, y Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁹⁵ Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22)*, párr. 13.

⁹⁶ Documento A/CN.4/622 y Add.1.

⁹⁷ Rumania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21)*, párr. 53.

⁹⁸ Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

continúan aplicándose en su totalidad o en parte en caso de estallido de un conflicto armado o, por el contrario, de los que dejan de ser aplicables cuando se produce un conflicto de esa índole (proyecto de artículo 5); y e) cuarta posibilidad: los Estados interesados celebran, durante el conflicto armado, acuerdos sobre la terminación o suspensión de un tratado que, de lo contrario, seguiría aplicándose (proyecto de artículo 6, párr. 2). En otras palabras, tras enunciar, en el proyecto de artículo 3, la regla (o más bien la «no regla») aplicable a la cuestión central del proyecto de artículos, se presentan en orden lógico las distintas soluciones posibles.

80. Un Estado pide a la Comisión que indique los factores que permiten determinar qué tratados, en razón de su naturaleza, no se ven afectados en ningún caso por los conflictos armados. Es difícil responder a esta cuestión de manera fiable, pero el Relator Especial considera que no hay tratados intocables. Es evidente que los acuerdos que son objeto del proyecto de artículo 7 subsisten porque prevén su propia subsistencia, pero no porque sean intocables por su naturaleza. Los tratados contemplados en el proyecto de artículo 5 y en la lista que figura como anexo del proyecto de artículos también pueden subsistir, esta vez en razón de su materia, pero su subsistencia no abarca necesariamente la totalidad del tratado y, además, puede verse condicionada por la aplicación de los criterios enunciados en el proyecto de artículo 4.

81. De lo anterior se deduce que debe conservarse el proyecto de artículo 7 pero que debe figurar después del proyecto de artículo 3 y tener una nueva redacción, que podría ser la siguiente:

Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados

Si el propio tratado contiene disposiciones [expresas] sobre su aplicación en situaciones de conflicto armado, esas disposiciones se aplicarán.

H. Notificación de terminación, retiro o suspensión (proyecto de artículo 8)

82. Esta disposición ha dado lugar a abundantes debates. Según la redacción actual, las notificaciones a que se refiere el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 son actos unilaterales mediante los cuales un Estado, al estallar un conflicto armado, informa al otro Estado o los otros Estados contratantes, o al depositario del tratado (si existe), de su intención de dar por terminado el tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. No es necesario realizar este acto unilateral cuando el Estado en cuestión no quiera dar por terminado el tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación. Es la consecuencia de la regla general del proyecto de artículo 3, según la cual el estallido de un conflicto armado no implica *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación.

83. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 8 se precisa que la notificación surtirá efecto cuando haya sido recibida por el Estado o los Estados interesados. Lo mismo ocurre cuando la notificación va dirigida al depositario: la notificación surtirá efectos en el momento en que su destinatario la reciba del depositario.

84. Según el párrafo 3 del proyecto de artículo 8, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 afectará al derecho del destinatario de la notificación a formular objeciones respecto del anuncio de terminación, retiro o suspensión conforme a lo dispuesto en el tratado o las demás normas del derecho internacional.

85. Así pues, el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 permite que el Estado que recibe la notificación formule objeciones al contenido de ésta si estima que dicho contenido es contrario a los proyectos de artículos 3 a 7; se trata de una disposición paralela a la de los párrafos 3 y 5 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. En cambio, la Comisión ha renunciado a incluir en su proyecto una disposición equivalente al párrafo 4 del artículo 65 de la Convención de Viena, según el cual nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos y obligaciones de los Estados respecto de la solución pacífica de controversias. En otras palabras, tras la notificación y la eventual objeción al contenido de ésta, el proceso de solución de controversias quedaría suspendido hasta la conclusión del conflicto armado. En consecuencia, el tratado quedará paralizado en la práctica hasta la solución pacífica de la controversia relativa al contenido de la notificación. La Comisión optó por esta solución porque estimó

que no sería realista tratar de imponer un régimen de solución pacífica de controversias para la terminación, retiro o suspensión de tratados en el contexto de un conflicto armado⁹⁹.

En otras palabras, el período durante el cual uno o varios Estados participan en un conflicto armado no es, en opinión de la Comisión, el momento ideal para poner en marcha los mecanismos existentes de solución de controversias: el Estado o los Estados en cuestión pensarán que tienen cosas más urgentes que hacer y no tendrán ningunas ganas de ocuparse de esa cuestión en ese preciso momento. Tal actitud puede parecer comprensible, pero no contribuye a promover la solución pacífica de las controversias.

86. La solución adoptada por la Comisión ha sido respaldada por algunos Estados¹⁰⁰ y criticada por otro¹⁰¹. En opinión de este último Estado, no hay ningún motivo para relegar a un segundo plano las obligaciones de un Estado en materia de solución pacífica de controversias en lo que respecta a los efectos de los conflictos armados en los tratados.

87. El Relator Especial considera que no existe ninguna dificultad insuperable para prever, o al menos para no excluir, que los procedimientos de solución de controversias sigan estando accesibles en época de conflicto armado. Cabe observar, por otro lado, que las obligaciones convencionales en esta materia forman parte de las obligaciones que podrían seguir aplicándose en virtud del proyecto de artículo 5 y del apartado *i* de la lista que figura como anexo del proyecto de artículos. Se podría,

⁹⁹ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 8.

¹⁰⁰ Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 33 y Malasia, *ibíd.*, párr. 10.

¹⁰¹ Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

por tanto, completar el proyecto de artículo 8 con un texto basado en el párrafo 4 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, redactado de la siguiente manera:

«Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de los Estados partes respecto de la solución de controversias, en la medida en que sigan siendo aplicables en virtud de lo dispuesto en los proyectos de artículo 4 a 7 a pesar del estallido de un conflicto armado.»

Este texto se convertiría en el párrafo 5 del proyecto de artículo 8.

88. Otro Estado¹⁰² desea conocer los efectos de la notificación en los derechos y deberes de los Estados partes en el tratado. La respuesta depende del contenido de la notificación. En lo inmediato, la notificación implica la parálisis total o parcial del tratado. Si va seguida de un acuse de recibo, se genera un derecho a formular objeciones al contenido de la notificación; si no, el Estado que lleva a cabo la notificación puede adoptar la medida prevista.

89. Dos Estados¹⁰³ estiman que la exigencia de notificación podría ser difícil de cumplir en la práctica, observación que también es aplicable al acuse de recibo, en especial cuando el otro Estado, los otros Estados o el Estado depositario son partes en el conflicto. No se puede negar la existencia de esta dificultad. Pero, ¿qué se podría establecer en lugar de la notificación y el acuse de recibo? Sin deber de notificación, las normas del proyecto de artículos serían en gran medida teóricas. El Relator Especial piensa que en los casos en que surjan dificultades los Estados interesados deberán dar muestras de pragmatismo para cumplir sus deberes de notificación y de acuse de recibo; lo que sí es cierto es que, en la medida de lo posible, esos actos se deben realizar de manera análoga a lo previsto en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 y que probablemente no bastaría con un anuncio *urbi et orbi* «al público en general».

90. Un Estado¹⁰⁴ cuestiona la idoneidad del párrafo 3 del proyecto de artículo 8, según el cual nada impide a un Estado parte formular objeciones a la terminación, el retiro o la suspensión de la aplicación de un tratado sobre la base de lo dispuesto en él o en las (demás) normas del derecho internacional. También pide información sobre las relaciones entre el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 y el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial considera, en primer lugar, que el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 es indispensable; si se eliminara, la cuestión de los efectos de los conflictos armados quedaría en manos del Estado que hace la notificación. Por lo que respecta a las relaciones entre el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 y el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, cabe señalar simplemente que este último no prejuzga los efectos de la «ruptura de hostilidades entre Estados» en los tratados, mientras que el presente proyecto pretende regular esa materia,

¹⁰² Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 42.

¹⁰³ Reino Unido, *ibíd.*, párr. 59 y Grecia, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 45.

¹⁰⁴ Grecia, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 45.

siguiendo, en la medida de la posible, la senda trazada por la Convención de Viena.

91. Otro de los problemas planteados es que no se fija ningún plazo para formular objeciones a la notificación, a diferencia de lo que prevé el párrafo 2 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 (tres meses). En efecto, la Comisión consideró que era difícil establecer plazos en el contexto de los conflictos armados. No obstante, puede que sea preciso hacerlo si se acepta el texto propuesto en el párrafo 87 *supra*; pero, dado que se trata de una situación de conflicto armado, ese plazo probablemente debería ser superior a tres meses.

92. En una interesante observación¹⁰⁵ se sugiere ampliar el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 8 a los Estados que no son partes en el conflicto pero que sí lo son en el tratado. Desde el punto de vista técnico sería fácil: bastaría con sustituir el texto actual del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 por la siguiente frase: «Un Estado que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte, retirarse de él o suspender su aplicación, sea o no parte en el conflicto, deberá notificar esa intención». Dado que el Estado autor de esta sugerencia sostiene que la Comisión «debe considerar» esta posibilidad, el Relator Especial transmite esa observación a los miembros de la Comisión y los invita a reflexionar al respecto.

93. En otra observación¹⁰⁶ se señala que el título del proyecto de artículo 8 no es exacto: no se trata de una notificación de terminación, retiro o suspensión, sino de una notificación de la intención de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. El Estado autor del comentario precisa que es evidente que la notificación en sí no puede poner fin a las obligaciones convencionales en cuestión ni suspenderlas. Es la falta de objeciones en un plazo determinado lo que producirá esa consecuencia (véase el párrafo 88 *supra*). Si se formulan objeciones, la cuestión quedará congelada hasta que se alcance una solución por vía diplomática o jurisdiccional. Para aclarar la situación, se podría considerar la posibilidad de incluir un párrafo 4 en el proyecto de artículo 8, a semejanza del párrafo 3 del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, redactado de la siguiente manera:

«Si se formula una objeción en el plazo establecido, los Estados partes interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.»

Este texto iría precedido del actual párrafo 3 del proyecto de artículo 8.

94. No cabe duda de que el proyecto de artículo 8 ha suscitado interés y división en los Estados, que han formulado otras propuestas al respecto. Así, un Estado¹⁰⁷ pide que el derecho a realizar una notificación con arreglo al proyecto de artículo 8 quede limitado a los tratados distintos de aquellos que, en virtud del proyecto de

¹⁰⁵ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 55.

¹⁰⁶ Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁰⁷ Irán (República Islámica del), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 57.

artículo 5, continúen aplicándose en razón de su materia. No obstante, como se pudo comprobar durante el examen del proyecto de artículo 5, ni dicho proyecto ni la lista que figura como anexo del proyecto de artículos establecen una certeza absoluta que permita introducir la restricción deseada en el proyecto de artículo 8.

95. Por último, cabe mencionar el deseo expresado por un Estado¹⁰⁸ de añadir, al final del párrafo 2 del proyecto de artículo 8, las palabras «a menos que la notificación diga otra cosa» (es decir, salvo que prevea una fecha «ulterior»).

96. Habida cuenta de lo anterior, el texto del proyecto de artículo 8 podría mejorarse y aclararse y redactarse de la siguiente manera:

Notificación de la intención de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

1. Un Estado participante en un conflicto armado que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte, retirarse de él o suspender su aplicación deberá notificar esa intención al otro Estado parte o los otros Estados partes en el tratado, o al depositario del tratado.

2. La notificación surtirá efecto cuando haya sido recibida por el otro Estado parte o los otros Estados partes, a menos que en ella se establezca una fecha ulterior.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará al derecho de una parte a formular objeciones, conforme a lo dispuesto en el tratado o las normas aplicables del derecho internacional, a la terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de un tratado. Si el tratado no dispone otra cosa, el plazo de oposición será de ... a partir de la recepción de la notificación.

4. Si se formula una objeción en el plazo establecido, los Estados partes interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de los Estados respecto de la solución de controversias, en la medida en que sigan siendo aplicables en virtud de lo dispuesto en los proyectos de artículos 4 a 7 a pesar del estallido de un conflicto armado.

I. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado (proyecto de artículo 9)

97. Según el proyecto de artículo 9, enraizado en el artículo 43 de la Convención de Viena de 1969, la terminación de un tratado, el retiro de él o la suspensión de su aplicación como consecuencia del estallido de un conflicto armado no menoscabarán en absoluto el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sujeto en virtud del derecho internacional

independientemente de ese tratado. Este texto no ha suscitado ninguna observación. El párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 9 califica de «trivial» el principio enunciado en ese proyecto de artículo, lo que ha incitado a un Estado¹⁰⁹ a replicar que se trata, por el contrario, de un principio importante. El Relator Especial propone conservar este proyecto de artículo en su forma actual y sustituir, en el párrafo 2 del comentario, las palabras «parece trivial» por «parece obvio».

J. Divisibilidad de las disposiciones de un tratado (proyecto de artículo 10)

98. El proyecto de artículo 10 aprobado por la Comisión en primera lectura establece lo siguiente:

Divisibilidad de las disposiciones de un tratado

La terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de un conflicto armado surtirá efecto con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa al respecto, excepto cuando:

a) el tratado contenga cláusulas que sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

99. Del comentario a este proyecto de artículo se desprende que reproduce literalmente las disposiciones del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969, a excepción de sus párrafos 4 y 5, que no son pertinentes a efectos del presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo 10 tiene cierta importancia en este contexto, ya que la subsistencia o suspensión parcial de un tratado no es posible si no existe divisibilidad¹¹⁰. Dado que el proyecto de artículo sigue claramente el modelo del artículo 44 de la Convención de Viena, el Relator Especial, a diferencia de lo que sugiere un grupo de Estados¹¹¹, no ve necesidad alguna de volver a examinar su estructura.

100. Un Estado¹¹² se pregunta por el alcance de la palabra «injusta» utilizada en el apartado c del proyecto de artículo 10. Para responder a su pregunta, procede remitirse a los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. En efecto, la Comisión no es la autora original del apartado c del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 (ni, por consiguiente, del apartado c del proyecto de artículo 10). Los Estados Unidos propusieron este texto en la Conferencia de Viena porque temían que un Estado pudiera insistir en la terminación o nulidad de un tratado al interpretar de manera demasiado estricta la palabra «separables» del

¹⁰⁹ Suiza, ibíd.

¹¹⁰ Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 43.

¹¹¹ Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 32.

¹¹² Colombia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁰⁸ Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

apartado *a* del párrafo 3 del artículo 44 y las palabras «base esencial» del apartado *b*. El Sr. Kearney, representante de los Estados Unidos, explicó que podría ocurrir

que un Estado que invocase la nulidad de una parte del tratado insistiera en la terminación de algunas de sus disposiciones, incluso si el hecho de continuar la aplicación del resto del tratado, en ausencia de esas disposiciones, constituyese una grave injusticia para las demás partes en el tratado¹¹³.

101. Esta explicación aclara el objetivo de la propuesta de los Estados Unidos, a saber, limitar la divisibilidad de los tratados con el fin de proteger a la otra parte o las otras partes contratantes. En cambio, la propuesta no dice nada sobre el contenido de la palabra «injusta». El Relator Especial considera, no obstante, que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 es una especie de cláusula general que puede invocarse en caso de que la división del tratado según los deseos de la parte que la solicita dé lugar a un desequilibrio significativo en perjuicio de la otra parte o las otras partes. Por tanto, el apartado *c* completa los apartados *a* (divisibilidad desde el punto de vista de la aplicación) y *b* (la cláusula o cláusulas objeto de la solicitud de terminación o nulidad no constituyeron, para la otra parte o las otras partes, una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado).

102. En estas circunstancias, el Relator Especial no ve ninguna necesidad de modificar el texto del proyecto de artículo 10.

K. Pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación (proyecto de artículo 11)

103. Según el comentario de la Comisión, el proyecto de artículo 11 se basa en la disposición equivalente de la Convención de Viena de 1969, es decir, el artículo 45. Con arreglo a ese proyecto de artículo, un Estado no podrá ya dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado si ha «convenido expresamente» en que el tratado permanece en vigor o continúa en aplicación (apdo. *a*) o «[s]e ha comportado de tal manera» (apdo. *b*) que puede considerarse que ha dado su aquiescencia al mantenimiento en vigor del tratado. La reproducción de esta norma, aprobada expresamente por algunos Estados¹¹⁴, significa, en el fondo, que en época de conflicto armado debe subsistir un mínimo de buena fe.

104. Un Estado¹¹⁵ estima que este proyecto de artículo «es demasiado rígido» y que el Estado no siempre puede

anticipar el curso de un conflicto armado y sus posibles efectos sobre su capacidad para seguir cumpliendo sus obligaciones convencionales. Por otro lado, ese mismo Estado dice comprender que las circunstancias que hacen que un Estado pierda el derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación surgen después de que el conflicto armado haya producido su efecto en el tratado¹¹⁶. Los argumentos que se acaban de resumir pueden parecer contradictorios. El primero parece querer decir que la evolución de los conflictos armados es imprevisible y que los Estados afectados deberían poder revisar su actitud a lo largo del conflicto; si se aceptara este argumento con carácter general, el proyecto de artículo 11 carecería de sentido. El segundo argumento, en cambio, parece querer decir que el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, reproducido en el proyecto de artículo 11, significa que la situación sólo puede evaluarse una vez que el conflicto armado ha «producido su efecto en el tratado» y que el proyecto de artículo 11 puede mantenerse si se precisa este aspecto.

105. En opinión del Relator Especial, en el comentario al proyecto de artículo 11 se podría precisar, efectivamente, que este artículo se aplica a las actitudes manifestadas «después de que el conflicto armado haya producido su efecto en el tratado» (aunque es preferible, para no diluir demasiado el contenido normativo de dicha disposición, sustituir «su efecto» por «efectos»). Una solución más simple consistiría en invitar a los Estados, en el comentario al proyecto de artículo 11, a abstenerse de realizar los comportamientos contemplados en ese artículo mientras los efectos del conflicto armado en el tratado no se hayan aclarado parcialmente. El Relator Especial se inclina por esta última solución.

106. Según el mismo Estado¹¹⁷, la Comisión debería estudiar la relación entre los proyectos de artículos 11 y 17. Según el proyecto de artículo 17, el proyecto de artículos (y, por tanto, su proyecto de artículo 11) se entiende sin perjuicio de otras causas de terminación, retiro o suspensión del tratado: acuerdo de las partes, violación grave, imposibilidad de cumplimiento o cambio fundamental en las circunstancias (la lista no es exhaustiva). En opinión del Relator Especial, esto significa que aunque haya perdido el derecho previsto en el proyecto de artículo 11 a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, el Estado puede invocar otras causas reconocidas por la Convención de Viena de 1969. Esta conclusión queda reforzada por el título del proyecto de artículo 17, que utiliza las palabras «Otros casos», y la explicación que figura en el párrafo 1 del comentario a dicho proyecto de artículo («La referencia a 'otros' en el título tiene por objeto indicar que esos motivos son adicionales a los del presente proyecto de artículos»). No obstante, esta cuestión parece ser en gran medida teórica, en particular en el supuesto contemplado en el apartado *b* del proyecto de artículo 11: parece poco probable que del mero «comportamiento» del Estado interesado se pueda deducir que su aquiescencia al mantenimiento en vigor del tratado haya estado motivada por el estallido de un conflicto armado en lugar de por uno de los elementos que figuran en el proyecto de artículo 17.

¹¹³ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 41.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 17. Para el texto de la propuesta de los Estados Unidos, véase A/CONF.39/C.1/L.260, en *ibíd.*, *períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969* (A/CONF.39/11/Add.2) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), párr. 369, *iv, b*.

¹¹⁴ Colombia, por ejemplo; documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹¹⁵ China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión* (A/C.6/63/SR.17), párr. 56.

¹¹⁶ Documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹¹⁷ Véase la nota 115 *supra*.

107. En una intervención bastante enérgica, otro Estado¹¹⁸ afirma haber hallado una contradicción fundamental: mientras que el título del proyecto de artículo 11 se refiere al derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, en ningún otro sitio se hace referencia a ese derecho. Según ese Estado, se trata de un fallo fundamental del proyecto de artículos.

108. El Relator Especial piensa que este punto de vista es muy formalista. Las disposiciones que preceden al proyecto de artículo 11 indican aquello que los Estados tienen derecho a hacer, así como las condiciones en que es posible mantener un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. Y el proyecto de artículo 8 precisa lo que deben hacer los Estados y cuándo pueden hacerlo. El Relator Especial considera que ello equivale a definir un derecho y sus límites e ignora de qué otra manera se podría calificar a esas disposiciones. No obstante, en caso de que la Comisión desee tener en cuenta la crítica formulada, bastaría con sustituir, en el título del proyecto de artículo, las palabras «del derecho a» por «de la posibilidad de».

109. Así, tras un ajuste mínimo, el proyecto de artículo 11 quedaría redactado de la siguiente manera:

Pérdida del derecho a [de la posibilidad de] dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

Un Estado no podrá ya dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado si:

a) ha convenido expresamente en que el tratado permanece en vigor o continúa en aplicación; o

b) se ha comportado de tal manera que puede considerarse que ha dado su aquiescencia a la continuación de la aplicación del tratado o a su mantenimiento en vigor.

L. Reanudación de tratados suspendidos (proyecto de artículo 12)

110. La reanudación de la aplicación de los tratados suspendidos como consecuencia de un conflicto armado se determina con ayuda de los «indicios» mencionados en el proyecto de artículo 4: los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, la naturaleza y el alcance del conflicto armado, los efectos del conflicto en el tratado o el número de partes (véase el párrafo 1 del comentario). La cuestión debe resolverse caso por caso (párrafo 2 del comentario). A primera vista, esta disposición parece oscura y requiere aclaraciones.

111. Una cuestión importante¹¹⁹ es la relación entre los proyectos de artículos 12 y 18. Según el proyecto de artículo 18, el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados partes en un tratado y en un conflicto armado de estipular, después del conflicto y mediante un nuevo acuerdo, el restablecimiento de la vigencia de los tratados que se hubieren dado por

terminados o cuya aplicación se hubiere suspendido de resultas del conflicto. A este respecto, cabe observar que, efectivamente, los proyectos de artículos 12 y 18 están estrechamente vinculados entre sí y deben ubicarse a proximidad el uno del otro. En aras de la claridad, se podría en primer lugar tomar el proyecto de artículo 18 y convertirlo en el proyecto de artículo 12, porque en cierto sentido establece la regla general: con independencia de que haya habido terminación o suspensión total o parcial, los Estados partes, si convienen en ello, siempre pueden celebrar un acuerdo para restablecer la vigencia o reanudar la aplicación incluso de los acuerdos o partes de acuerdos que han dejado de existir. Es una consecuencia de la libertad de celebrar tratados. También es evidente que en tal caso no se trata de decisiones unilaterales.

112. El ámbito de aplicación del proyecto de artículo 12 es más reducido, ya que se aplica únicamente a los tratados que ha sido suspendidos con arreglo a los criterios enunciados en el proyecto de artículo 4. Dado que la suspensión se produce a iniciativa de un Estado parte (que es parte en el conflicto armado) y de conformidad con los criterios establecidos, parecería que, una vez concluido el conflicto armado, dichos criterios dejarían de ser operativos, de modo que el tratado podría o debería ser de nuevo aplicable, a menos que, entretanto, se hubieran producido otras causas de terminación, retiro o suspensión (véase el proyecto de artículo 17) o que las partes hubieran acordado lo contrario. La reanudación de la aplicación del tratado puede ser solicitada por uno u otro Estado o por varios Estados partes, pues en este caso ya no se trata de un acuerdo entre Estados, sino de una iniciativa que puede ser tomada unilateralmente y cuyo resultado dependerá de que se cumplan los requisitos para la reanudación del tratado (proyecto de artículo 4), cuestión que será resuelta, en su caso, mediante los procedimientos disponibles de solución de controversias.

113. Este breve análisis de la relación entre los proyectos de artículos 12 y 18, de la cuestión relativa a quién puede tomar la iniciativa para la reanudación de la aplicación prevista en el proyecto de artículo 12 y en qué condiciones¹²⁰ y de la manera de definir el ámbito de aplicación de ambas disposiciones¹²¹ sugiere la conveniencia de incorporar el proyecto de artículo 18 al proyecto de artículo 12¹²² y dejar de configurarlo como una cláusula «sin perjuicio de».

114. El nuevo proyecto de artículo 12 (que absorbería al proyecto de artículo 18) podría quedar redactado de la siguiente manera:

Restablecimiento o reanudación de las relaciones convencionales después de un conflicto armado

1. Después del conflicto armado, los Estados partes podrán estipular, mediante un acuerdo, el restablecimiento de la vigencia de los tratados que se hubieren dado por terminados o cuya aplicación se hubiere suspendido de resultas del conflicto armado.

¹²⁰ Reino Unido, declaración de 27 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

¹²¹ Colombia y Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹²² Colombia, ibíd.

¹¹⁸ Polonia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹¹⁹ Planteada por Colombia, Polonia y Suiza, ibíd.

2. La reanudación de la aplicación de un tratado que haya sido suspendida como consecuencia de un conflicto armado se determinará de conformidad con los indicios mencionados en el proyecto de artículo 4.

M. Efecto del ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva en un tratado (proyecto de artículo 13)

115. El proyecto de artículo 13 está inspirado en el artículo 7 de la mencionada resolución del Instituto de Derecho Internacional, que establece lo siguiente:

El Estado que ejerza su derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tiene derecho a dejar en suspenso total o parcialmente la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio de ese derecho, a reserva de las consecuencias resultantes de la posterior calificación de ese Estado por el Consejo de Seguridad como agresor¹²³.

116. El proyecto de artículo 13 y el artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional tienen rasgos comunes. Los dos pretenden evitar que, a causa de los tratados que le vinculan, un Estado agredido pueda verse privado de su derecho inmanente de legítima defensa (Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas). Asimismo, se desea evitar la impunidad del agresor y la aparición de un desequilibrio entre los protagonistas, que existiría en el caso de que el agresor, tras haber ignorado la prohibición de recurrir al uso de la fuerza establecida en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, pudiera exigir al mismo tiempo la estricta aplicación del derecho existente y privar así total o parcialmente al Estado agredido del derecho a defenderse. Por otro lado, de los dos textos mencionados parece desprenderse que la suspensión se refiere a los acuerdos entre el agresor y la víctima y ninguno de ellos excluye la hipótesis, quizá menos probable, de los tratados entre el Estado que es víctima de la agresión y terceros Estados. Por el contrario, estos textos no cubren los conflictos internos, puesto que se trata de la legítima defensa en el sentido del Artículo 51 de la Carta. La tercera característica común es que únicamente se habla de suspensión, y no de terminación. Por último, ninguna de las dos disposiciones identifica los textos convencionales que pueden ser suspendidos, salvo de forma indirecta, al referirse a los tratados «incompatibles» con el ejercicio del derecho de legítima defensa.

117. La gran diferencia entre los dos textos radica en que el artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional precisa que posteriormente el Consejo de Seguridad, en ejercicio de las funciones que le incumben en virtud del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, puede llegar a la conclusión de que, en realidad, el agredido es el agresor y que se reserva las consecuencias que se derivan de ello tanto en lo que se refiere al destino del instrumento suspendido como a las cuestiones de responsabilidad que puedan surgir al respecto. El proyecto de la Comisión no se pronuncia sobre este particular.

118. No obstante, es evidente que existe un estrecho vínculo entre los proyectos de artículos 13 y 14, teniendo en cuenta que este último deja a salvo los efectos jurídicos

de las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En definitiva, dependerá del Consejo la legalidad de una suspensión anunciada en aplicación del proyecto de artículo 13. También es el Consejo el que, en caso de un conflicto armado, puede decidir adoptar medidas vinculantes relativas a la aplicación de los tratados, prevaleciendo dichas medidas sobre las demás obligaciones de los Estados afectados, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta¹²⁴.

119. Existe también un estrecho vínculo entre los proyectos de artículos 13 y 15: el primero indica qué puede hacer el Estado agredido, mientras que el segundo precisa qué es lo que no puede hacer el Estado agresor, es decir, dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si dicha medida redundase en beneficio suyo. Así, las dos disposiciones se complementan. Esta vinculación merece ser subrayada en los comentarios a los proyectos de artículos 13 y 15.

120. Un Estado¹²⁵ considera que el proyecto de la Comisión debe dedicarse al derecho de los tratados y al destino de éstos en lugar de al uso de la fuerza, la legítima defensa y sus consecuencias. Asimismo, dicho Estado, citando un informe anterior de la Comisión¹²⁶, afirma que la ilicitud del recurso a la fuerza no afecta a la cuestión de si un conflicto armado produce automática o necesariamente la suspensión de la aplicación o la terminación de un tratado. El Relator Especial no comparte por completo este punto de vista. Si bien es cierto que, como dice la Comisión en el pasaje citado, la calificación que se haga del uso de la fuerza no condiciona «automática o necesariamente» el destino de los tratados, ello no significa que siempre sea así. En este contexto, es importante preservar la integridad del derecho de legítima defensa. Esta es la finalidad del proyecto de artículo 13, que permite al Estado que desee ejercer dicho derecho superar temporalmente, mediante la suspensión, cualquier posible obstáculo convencional. Dados los vínculos existentes entre esta cuestión y la de los efectos de los conflictos armados en los tratados —vínculos confirmados por lo dispuesto en el artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional—, el Relator Especial recomienda mantener el proyecto de artículo 13.

121. Antes de proseguir el examen de las observaciones relativas al proyecto de artículo 13, el Relator Especial desearía señalar que esta disposición no trata todos los detalles de la cuestión: no dice nada de la notificación o la oposición, ni tampoco menciona los plazos ni la solución pacífica. Sin duda, la explicación es que dicho proyecto de artículo no ocupa una posición central en este proyecto de artículos de la Comisión, que hay que recordar que aborda el derecho de los tratados, además de que la legítima defensa es un medio excepcional en el contexto del derecho internacional público. La Comisión corre el riesgo de extralimitarse en su mandato si intenta regular la cuestión en todos sus detalles. Asimismo, esta respuesta

¹²⁴ Véase el párrafo 143 *infra*.

¹²⁵ Portugal, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 27.

¹²⁶ *Anuario... 2007*, vol. (segunda parte), pág. 70, párr. 308.

¹²³ «Les effets des conflits armés sur les traités», págs. 281 y 283.

es válida respecto de a la sugerencia¹²⁷ de regular la cuestión de forma más precisa.

122. Contrariamente al artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, el proyecto de artículo 13 no incluye ninguna referencia al Consejo de Seguridad. Por ello, se ha propuesto¹²⁸ que el proyecto de artículo 13 se complete con la última frase del artículo 7 de la resolución del Instituto («a reserva de las consecuencias resultantes de la posterior calificación de ese Estado por el Consejo de Seguridad como agresor»). El Relator Especial no comparte esta propuesta. En efecto, hay que preguntarse si la inclusión de esta fórmula no entraría en contradicción con la frase que figura al inicio del artículo referida al ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva «de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Además, existiría el peligro de que la adición propuesta fuera interpretada como el reconocimiento de un derecho de legítima defensa preventiva.

123. Ahora bien, hay que admitir que no siempre que un Estado cree ejercer el derecho de legítima defensa lo hace realmente y que el Consejo de Seguridad puede llegar a la conclusión, en un momento determinado, de que no se reúnen las condiciones para el ejercicio de dicho derecho, lo cual pondrá fin a la legalidad de la medida de suspensión de los tratados adoptada por dicho Estado. También puede ocurrir que aunque el referido Estado se encuentre efectivamente en una situación que le permita ejercer el derecho de legítima defensa, haya adoptado medidas de suspensión no justificadas porque, en realidad, los tratados afectados por ellas no tenían como efecto restringir el ejercicio de dicho derecho o porque una suspensión injustificada haya causado un perjuicio a terceros Estados. En estos casos, en opinión del Relator Especial, se deberían aplicar los mecanismos existentes para la solución pacífica de controversias.

124. Se ha señalado a la atención de la Comisión una cuestión que debe ser precisada: si bien la suspensión resulta posible cuando una obligación convencional es incompatible con el ejercicio del derecho de legítima defensa, esta posibilidad únicamente debe existir en el marco del proyecto de artículo 5¹²⁹. En efecto, en el marco de la legítima defensa, no cabría admitir una consecuencia que ni siquiera se tolerara en el contexto de un conflicto armado. Pero dado que la lista anexa al proyecto de artículos y relativa al artículo 5 tiene un valor indicativo y este proyecto de artículo no se aplica de forma aislada¹³⁰, no se sabe con certeza qué efecto tendría una referencia a dicho proyecto de artículo.

125. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que el proyecto de artículo 13, en su redacción actual, permite creer que el Estado que ejerce el derecho de legítima defensa puede suspender cualquier norma convencional que pueda afectar a dicho derecho¹³¹ y habría que precisar,

al menos en el comentario, que el derecho contemplado no afecta a las normas convencionales destinadas a aplicarse en el marco de los conflictos armados, como las del derecho internacional humanitario y el derecho de los conflictos armados, incluidas las normas previstas en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. No obstante, hay que recordar que las dos categorías de normas mencionadas figuran en un lugar destacado de la lista anexa al proyecto de artículos y relativa al artículo 5, al que se ha propuesto que se haga referencia en el proyecto de artículo 13. Si, por cualquier razón, dicha mención parece excesiva, puede relegarse al comentario a este artículo.

126. Por último, en lo que respecta a la redacción, se podría suprimir la referencia al derecho de legítima defensa «individual o colectiva» en el título del proyecto de artículo 13, puesto que este punto ya está cubierto en el cuerpo del proyecto de artículo.

127. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el proyecto de artículo 13 podría quedar redactado de la siguiente forma:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, el Estado que ejerza su derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas puede suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado en el que sea parte que sea incompatible con el ejercicio de ese derecho.»

N. Prohibición de beneficio para un Estado agresor (proyecto de artículo 15)

128. El proyecto de artículo 15 tiene como finalidad impedir que un Estado agresor se beneficie de un conflicto armado provocado por él, a pesar de la prohibición del uso de la fuerza, para abstenerse de cumplir obligaciones convencionales que le resulten molestas. Esta disposición se inspira en el artículo 9 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional¹³². No obstante, el proyecto de artículo 15 difiere de dicha disposición en dos aspectos: *a)* añade el retiro de un tratado a las medidas prohibidas al Estado agresor, y *b)* precisa que la prohibición impuesta al Estado agresor se debe respetar en el supuesto de «un conflicto armado».

129. Tal y como se ha indicado en el párrafo precedente, el proyecto de artículo 15 significa que un Estado agresor no puede beneficiarse del conflicto armado que él mismo haya provocado para liberarse de sus obligaciones convencionales. La calificación del Estado como agresor dependerá, en cuanto al fondo, de la definición que se dé a la «agresión» y, desde el punto de vista del procedimiento, del Consejo de Seguridad. Si este órgano califica como agresor a un Estado que desee dar por terminados tratados, retirarse de ellos o suspender su aplicación, lo cual presupone que se ha acudido al Consejo, dicho Estado no podrá hacerlo o, en todo caso, únicamente podrá hacerlo en la medida en que no se beneficie de ello, teniendo en cuenta que este último aspecto puede ser apreciado eventualmente por el Consejo o por un juez o árbitro. Si no se produjera dicha calificación, el Estado podrá actuar según lo previsto en los proyectos de artículos 4 y siguientes.

¹²⁷ República de Corea, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 53.

¹²⁸ Japón, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 39.

¹²⁹ Suiza, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹³⁰ Véanse los párrafos 54 y 59 *supra*.

¹³¹ Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹³² «Les effets des conflits armés sur les traités», pág. 283.

130. *Ratione temporis* y *ratione materiae*, en una primera etapa, se perpetra una agresión. A partir de ese momento, el Estado calificado como agresor por el Estado agredido ya no puede, en virtud del proyecto de artículo 8, ejercer el derecho a dar por terminados tratados, retirarse de ellos o suspender su aplicación, a menos que no se beneficie en modo alguno de ello. Por norma general, lo hará en todo caso alegando que no ha existido agresión o que el agresor es su adversario. La situación quedará así en suspenso hasta la segunda etapa, que es la de la calificación por parte del Consejo de Seguridad. Este acto es el que determina el curso de los acontecimientos: si resulta que el Estado inicialmente considerado agresor no lo es o si no se ha beneficiado de la agresión, se apreciará la notificación que haya podido efectuar conforme al proyecto de artículo 8 según los criterios ordinarios establecidos en el proyecto de artículos. Si, por el contrario, resulta que dicho Estado es el agresor y al dejar de lado sus obligaciones convencionales ha obtenido un beneficio, no le serán aplicables dichos criterios por cuanto se trata de determinar la legitimidad de una terminación, un retiro o una suspensión.

131. En este mismo orden de ideas, se ha señalado¹³³ que el proyecto de artículo 15, en su redacción actual, establece que el Estado agresor pierde en determinadas condiciones el derecho a poner fin a la aplicación de un tratado; siendo así, habría que precisar las consecuencias derivadas de la calificación de dicho Estado como agresor por parte del Consejo de Seguridad. Como se ha explicado en el párrafo anterior, la calificación como tal procede del Consejo. En cuanto a la cuestión de si al dar por terminados tratados, retirarse de ellos o suspender su aplicación, el Estado agresor obtiene un beneficio, serían los mecanismos existentes de solución pacífica de controversias los que, en su caso, permitirían obtener una respuesta.

132. El principio enunciado en el proyecto de artículo 15 ha sido aprobado por varios Estados¹³⁴. No obstante, invocando diferentes motivos, tres Estados¹³⁵ desearían que se eliminara la referencia a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General sobre la definición de agresión: dos de estos tres Estados desearían que no se prejuzgara la posible evolución de los acontecimientos, como los resultados de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, mientras que el tercero¹³⁶ observa que el texto actual del proyecto de artículo 15 hace hincapié en el derecho aplicable a la determinación del agresor más que en el procedimiento a seguir para realizar dicha determinación. Por ello, dicho Estado propone incluir al comienzo del proyecto de artículo 15 la siguiente frase: «[un] Estado que cometa una agresión determinada con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, no podrá dar por terminado». En

su opinión, esta redacción tendría la ventaja de excluir el riesgo de calificaciones unilaterales.

133. El Relator Especial no ve ninguna razón para suprimir la referencia a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Ésta fue aprobada por consenso y parece que el Instituto de Derecho Internacional, que se remite a ella en el artículo 9 de su resolución, piensa que se trata de un texto generalmente aceptado. En cuanto al argumento de que el texto actual del proyecto de artículo 15 no tiene suficientemente en cuenta los aspectos procedimentales, tampoco parece determinante, ya que este texto hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, al Consejo de Seguridad. Pero si la Comisión quisiera, se podría insertar al inicio del artículo el texto que figura al final del párrafo precedente¹³⁷, sin renunciar a mencionar la resolución 3314 (XXIX). Por lo que se refiere a las reservas expresadas por los otros dos Estados¹³⁸, que proponen la eliminación de las referencias a la Carta y a la resolución, se correría el riesgo de que esta doble supresión hiciera que el proyecto de artículo 15 resultara ambiguo e inutilizable; además, la posibilidad de futuros cambios en las normas sobre la agresión no es una razón para eliminar las referencias en cuestión.

134. Otro Estado¹³⁹ observa que si un Estado agresor decide dar por terminado un tratado o suspender su aplicación, existe el riesgo de que se produzca un conflicto entre las disposiciones pertinentes del tratado y el proyecto de artículo 15. El Relator Especial considera que cuando un Estado haya notificado la terminación de un tratado, su retiro o la suspensión de su aplicación, y posteriormente sea calificado como agresor, habrá que determinar si ello le beneficia. Si es así, la notificación carece de efectos, a menos que el tratado en cuestión contemple normas particulares en este punto. Esta complicación adicional parece plausible, pero se dará en raras ocasiones y podría señalarse en el comentario al proyecto de artículo 15, junto con la anterior explicación¹⁴⁰.

135. Según un Estado, el actual texto del proyecto de artículo 15 contiene un error de redacción¹⁴¹: sugiere que una vez calificado como agresor en un conflicto determinado, un Estado no podría dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación cuando se produzca un conflicto cualquiera. Es decir, cuando el Estado Y sea calificado como agresor del Estado X, quedará marcado por dicha determinación incluso en el contexto de un conflicto posterior completamente diferente con ese mismo Estado o incluso con otro Estado Z, lo cual evidentemente no es el objetivo perseguido por el proyecto de artículo 15. Una preocupación similar parece inspirar

¹³⁷ Propuesta de los Estados Unidos, *ibíd.*

¹³⁸ El Salvador, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 13; y Portugal, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 27.

¹³⁹ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 57.

¹⁴⁰ Asimismo, es posible preguntarse si la norma del proyecto de artículo 15, consecuencia de la prohibición del recurso al uso de la fuerza, que tiene carácter de *jus cogens*, no tiene también dicho carácter. Si lo tuviera, las normas especiales del tratado en la materia serían inaplicables y no se produciría ningún conflicto.

¹⁴¹ Israel. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 34.

¹³³ Japón, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 39.

¹³⁴ China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 57; Hungría, *ibíd.*, párr. 33; Chipre, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 9; e Irán (República Islámica del), 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 58.

¹³⁵ El Salvador, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 13; Portugal, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 27, y Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹³⁶ Estados Unidos, documento A/CN.4/622 y Add.1.

la observación según la cual habría que especificar que el «conflicto armado» mencionado en el proyecto de artículo 15 debe ser el producto de la agresión citada al inicio del proyecto de artículo¹⁴². Se logrará este objetivo si se redacta de la siguiente forma: «como consecuencia de un conflicto armado derivado del acto de agresión».

136. El mismo Estado considera que factores distintos de la agresión pueden tener importancia en los conflictos de larga duración, lo cual tendría como consecuencia que las ventajas que la terminación, el retorno o la suspensión puedan reportar al agresor ya no se derivarían exclusivamente del hecho de la agresión. El Relator Especial piensa que esto equivaldría a sancionar los actos del Estado agresor; si se introdujeran inmediatamente limitaciones al principio expresado en el proyecto de artículo 15, éste perdería gran parte de su fuerza.

137. Otro Estado¹⁴³ invita a la Comisión a que establezca una distinción clara entre el recurso ilegal a la fuerza y la legítima defensa. Esta observación se refiere tanto al proyecto de artículo 13 como al proyecto de artículo 15. El Relator Especial no cree que el presente proyecto de artículos sea el lugar ideal para distinguir, y por tanto definir, las nociones de agresión y legítima defensa. Por lo demás, hay que precisar que la definición de agresión figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, a la que se remite el proyecto de artículo aquí comentado.

138. Otro Estado¹⁴⁴ considera que la cuestión del efecto de los conflictos armados en los tratados debe separarse de la de las causas de los conflictos (en particular, la agresión y la legítima defensa). Esta actitud supone favorecer la supresión de los proyectos de artículos 13 y 15, es decir, precisamente de las disposiciones del proyecto de artículos que pretenden «moralizar» la cuestión de la continuación de los tratados en caso de conflicto armado. El Relator Especial no ve ninguna necesidad de volver sobre este punto.

139. Algunos Estados¹⁴⁵ se plantean si conviene limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 15 a la agresión (como hace el texto actual) o si sería preferible ampliarlo para incluir el uso de la fuerza contrario al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas. Evidentemente dicha ampliación es posible, pero el Relator Especial preferiría que se mantuviera el presente texto, limitado a los mismos comportamientos prohibidos en los textos relativos a los crímenes internacionales¹⁴⁶ y que casi seguramente serán examinados y calificados en cuanto a su naturaleza por el Consejo de Seguridad. No obstante, si se optara por aceptar las sugerencias de estos Estados, habría que reformular el inicio del proyecto de artículo 15 para que dijera lo siguiente: «El Estado que recurra al uso de la fuerza en violación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas».

¹⁴² Colombia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁴³ Irán (República Islámica del), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 58.

¹⁴⁴ Burundi, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁴⁵ China y Suiza, *ibíd.*

¹⁴⁶ Véase el artículo 5, apdo. d, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que menciona el «crimen de agresión».

140. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, el proyecto de artículo 15 podría quedar redactado de la siguiente forma:

***Prohibición de beneficio para un Estado agresor
[del recurso ilícito a la fuerza]***

El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas [El Estado que recurra al uso de la Carta en violación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas] no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado derivado del acto de agresión [del recurso ilícito a la fuerza] si ello redundase en beneficio de ese Estado.

O. Las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio» (proyectos de artículos 14, 16 y 17)

141. Los proyectos de artículos 14, 16 y 17 se refieren a ámbitos del derecho internacional situados al margen de las normas del proyecto de artículos. El proyecto de artículo 14 deja a salvo las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad conforme a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Su función es similar a la del artículo 8 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional¹⁴⁷. El proyecto de artículo 16 establece que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados dimanantes del derecho de la neutralidad, mientras que la resolución del Instituto no incluye una cláusula correspondiente. Por último, el proyecto de artículo 17 contempla causas de terminación, retiro y suspensión de los tratados distintas de las establecidas en el proyecto de artículos: el acuerdo de los Estados partes, una violación grave, la imposibilidad de cumplimiento y un cambio fundamental en las circunstancias. Sobre este punto tampoco se pronuncia la resolución del Instituto.

142. Antes de abordar el examen de cada uno de estos proyectos de artículos hay que señalar que se limitan a recordar la existencia de otras normas que podrían resultar pertinentes en situaciones concretas. Por lo tanto, no es necesario examinar la esencia de las normas referidas.

143. El proyecto de artículo 14 establece que el proyecto de artículos se entiende «sin perjuicio» de los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con las disposiciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, esta referencia se limita a las obligaciones de los Estados Miembros derivadas del Capítulo VII, pero podría extenderse al conjunto de obligaciones derivadas de las decisiones del Consejo, ya que el Artículo 103 de la Carta¹⁴⁸ establece la

¹⁴⁷ El artículo 8 dispone lo siguiente: «El Estado que cumpla una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con respecto a las medidas relativas a amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión dará por terminada o suspenderá la aplicación de un tratado que sea incompatible con esa resolución» («Les effets des conflits armés sur les traités», pág. 283).

¹⁴⁸ El Artículo 103 dispone lo siguiente: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud

primacía de todas las decisiones del Consejo y no solamente las adoptadas en aplicación del Capítulo VII. En el párrafo 2 de su comentario al proyecto de artículo 14, la Comisión explica que se ha mantenido la referencia al Capítulo VII, «porque el contexto del proyecto de artículos es el de los conflictos armados».

144. Algunos Estados¹⁴⁹ piensan que los Artículos 25¹⁵⁰ y 103 de la Carta de las Naciones Unidas hacen que el proyecto de artículo 14 resulte superfluo. Tienen razón en el sentido de que el problema de fondo, el del carácter obligatorio o facultativo de las decisiones del Consejo de Seguridad, está efectivamente regulado por estas dos disposiciones y no por el proyecto de artículo 14. Éste no es más que un recordatorio de las disposiciones en la materia y, sobre todo, de la que establece la primacía de las obligaciones derivadas de la Carta.

145. ¿Hay que distinguir entre las decisiones del Consejo de Seguridad relativas a la legítima defensa (Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas; proyecto de artículo 13) y las adoptadas en materia de agresión (Capítulo VII de la Carta)¹⁵¹? No parece indispensable si se tiene en cuenta que el Artículo 51 forma parte del Capítulo VII de la Carta y que el proyecto de artículo 14 tan solo tiene una función de reenvío.

146. Para terminar el examen del proyecto de artículo 14, debe mencionarse la sugerencia¹⁵² de introducir en el proyecto de artículos cláusulas suplementarias de salvaguardia o «sin perjuicio» sobre el deber de respetar el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. El Relator Especial no tiene una opinión formada al respecto, pero piensa que en el proyecto de artículos actual las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio» podrían quedar limitadas a la seguridad colectiva, la neutralidad y el lugar que ocupan los efectos de los conflictos armados en el contexto de los tratados. En este sentido, teme que la adición de otras cláusulas pueda «diluir» la sustancia del proyecto.

147. Según el proyecto de artículo 16, el proyecto de artículos no afecta en modo alguno a los derechos y obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad. Mientras que un Estado que goza del estatuto de neutralidad permanente¹⁵³ aprueba el texto actual del proyecto de artículo, otro Estado¹⁵⁴ desea que se distinga claramente entre las relaciones entre Estados beligerantes y las relaciones entre Estados beligerantes y otros Estados. El Relator Especial

de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

¹⁴⁹ Irán (República Islámica del), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 58; y República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 83.

¹⁵⁰ El Artículo 25 establece lo siguiente: «Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta».

¹⁵¹ Japón, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 39.

¹⁵² Ghana, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁵³ Suiza, *ibíd.*

¹⁵⁴ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 36.

es partidario de ello, pero no ve claro cómo hacerlo en el marco del proyecto de artículo 16. Un tercer Estado¹⁵⁵ desea saber por qué la reserva del derecho de la neutralidad figura en el proyecto de artículo 16 como cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» en lugar de incluirse en la lista indicativa anexa al proyecto de artículos. A esta pregunta cabe responder que, en tanto que estatuto convencional, la neutralidad tan solo se convierte en plenamente operativa cuando estalla un conflicto armado entre terceros Estados. Así, es evidente que ese estatuto sobrevive al conflicto, ya que está destinado esencialmente a aplicarse en períodos de conflicto. Además, no siempre el estatuto de neutralidad tiene carácter convencional. Por último, la cuestión de la aplicabilidad del derecho de la neutralidad no se plantea, en general, en términos de continuación del estatuto de neutralidad, sino a propósito de los derechos y deberes específicos del Estado (que es neutro y sigue siéndolo), que, según el proyecto de artículo 16, prevalecen sobre los derivados del presente proyecto de artículos.

148. El proyecto de artículo 17 deja a salvo el derecho de los Estados, en situaciones de conflicto armado, de dar por terminados tratados, retirarse de ellos o suspender su aplicación por motivos distintos de la aparición de un conflicto armado. Incluso aunque un Estado parte no pueda o no quiera dar por terminado un tratado, temporal o definitivamente, debido a la aparición de dicho conflicto, le queda la posibilidad de invocar otros motivos; por ejemplo, la imposibilidad de cumplimiento o un cambio fundamental en las circunstancias. Por otro lado, podría alegarse que, en el contexto de determinados tratados, el estallido de un conflicto armado también podría calificarse como un cambio fundamental en las circunstancias que supone la imposibilidad temporal o definitiva de cumplimiento. En tanto que cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio», el proyecto de artículo 17 reviste cierta importancia: en efecto, precisa que los demás motivos de terminación o suspensión de los tratados siguen siendo aplicables incluso cuando el estallido de un conflicto armado no implique la terminación o suspensión del tratado. Desde este punto de vista, el proyecto de artículo 17 también puede considerarse un contrapeso al proyecto de artículo 3, que enuncia el principio del carácter no automático de la terminación o la suspensión en caso de conflicto armado.

149. Se ha sugerido¹⁵⁶ que bastaría con incluir en el proyecto de artículos una cláusula general que remita a las demás causas de terminación, retiro o suspensión reconocidas en el derecho internacional. Así es, pero el actual texto del proyecto de artículo 17, que menciona motivos específicos, particularmente pertinentes en el contexto de los efectos de los conflictos armados, quizá pueda lograr de mejor manera el objetivo de dicho proyecto de artículo que un reenvío general y abstracto. Otro Estado¹⁵⁷ propone incluir, como otro motivo, «las disposiciones del propio tratado», observando que dicha adición se adecuaría a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 (art. 57, apdo. a). Se podría objetar a esta propuesta que la lista que figura en el actual proyecto de artículo 17 no es

¹⁵⁵ Japón, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 39.

¹⁵⁶ Colombia, documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁵⁷ Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 46.

en modo alguno exhaustiva y que por ello no es necesaria ninguna adición. Por otro lado, ésta tendría la ventaja de completar el apartado *a* del proyecto de artículo (acuerdo de las partes). El Relator Especial estaría dispuesto a aceptar esta sugerencia, a menos que se adopte la propuesta de sustituir el texto actual por un reenvío general y abstracto. Por último, un tercer Estado¹⁵⁸ solicita una definición de las expresiones «violación grave» y «cambio fundamental en las circunstancias» empleadas en los apartados *b* y *d* del proyecto de artículo 17. Dado que las definiciones solicitadas figuran en los artículos 60 y 62 de la Convención de Viena de 1969 y que el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 17 remite a estas disposiciones, la adición propuesta no parece indispensable.

150. A la luz de lo indicado anteriormente, las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio» del proyecto de artículos podrían redactarse de la siguiente forma:

Artículo 14. Decisiones del Consejo de Seguridad

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con las disposiciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 16. Derechos y obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados dimanantes del derecho de la neutralidad.

Artículo 17. Otros casos de terminación, retiro o suspensión

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la terminación, el retiro o la suspensión de tratados como consecuencia, entre otras cosas:

- a) de las disposiciones del tratado;
- b) del acuerdo de las partes;
- c) de una violación grave;
- d) de la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento;
- e) de un cambio fundamental en las circunstancias.

o una fórmula general y abstracta:

«El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la terminación, el retiro o la suspensión de tratados por otros motivos reconocidos por el derecho internacional.»

P. Restablecimiento de las relaciones convencionales después de un conflicto armado (proyecto de artículo 18)

151. Esta cuestión se ha examinado en los párrafos 110 a 114 *supra* a propósito del proyecto de artículo 12.

¹⁵⁸ Cuba, documento A/CN.4/622 y Add.1.

Q. Otras cuestiones suscitadas por los Estados y problemas de carácter general

152. La toma de posición por los Estados ha ido acompañada de varias observaciones generales. Dichas observaciones pueden clasificarse en cinco partes: 1) la calidad del proyecto de artículos; 2) el ámbito de aplicación del proyecto de artículos; 3) la eventual responsabilidad de los Estados que han desencadenado un conflicto y suspendido los tratados; 4) el destino de las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio»; y 5) otras cuestiones. Además, volverá a examinarse si la aparición de un conflicto armado debería o podría producir efectos diferentes según la naturaleza de ese conflicto (párr. 23 *supra*). Por último, es preciso pronunciarse sobre la forma definitiva que debe revestir el proyecto de artículos de la Comisión y las recomendaciones que hay que presentar a la Asamblea General.

1. CALIDAD DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

153. En esta sección se incluyen las principales críticas dirigidas al proyecto de artículos, al frente de las cuales figura la de un Estado¹⁵⁹, que se pregunta si el asunto está maduro para su codificación y desarrollo progresivo y considera que esta cuestión debería ser objeto de un cuestionario que se habría de dirigir a los Estados. El Relator Especial piensa que una iniciativa de este tipo sería tardía y de dudosa utilidad. Si bien es cierto que las normas que figuran en el proyecto de artículos pueden parecer muy generales, permiten, no obstante, progresos sustanciales en un ámbito que hasta el momento ha resultado ser particularmente refractario a la regulación.

154. Otro Estado¹⁶⁰ desearía que en esta etapa avanzada de los trabajos se examinaran o reexaminaran todas las prácticas nacionales, en particular las decisiones de los tribunales nacionales, que dicho examen no se limitara a algunos países y que se invitara a todos los Estados a aprobar los resultados de dicho ejercicio. Se trata de una propuesta que atenta contra el mandato y la independencia de la Comisión. Otro Estado¹⁶¹ piensa que en los comentarios de la Comisión se favorece a la doctrina en detrimento de la práctica. El Relator Especial no comparte este punto de vista, tanto más cuanto que la mayoría de la doctrina precisamente se ha dedicado a examinar la práctica. El Estado en cuestión solicita igualmente un nuevo estudio de la práctica de los Estados, cuyos resultados deberían incluirse en el comentario. Según el Relator Especial, es un poco tarde para poner el contador a cero y, sobre todo, dicha labor probablemente no aportaría conclusiones nuevas, originales y fundamentales diferentes de las que ya se utilizan como base del actual proyecto de artículos.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

155. Dejando al margen una observación¹⁶² que subraya, una vez más, el lugar especial que deben ocupar los tratados relativos a los regímenes de frontera, la naturaleza

¹⁵⁹ Polonia, *ibíd.*

¹⁶⁰ Argentina, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17)*, párr. 22.

¹⁶¹ Italia, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 74.

¹⁶² Irán (República Islámica del), *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 52.

erga omnes de dichos tratados y su permanencia, confirmada por la Convención de Viena 1969 (art. 62, párr. 2, apdo. a) y la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (art. 11), debe mencionarse la propuesta¹⁶³ de estudiar, tras la finalización del presente proyecto de artículos, la posibilidad de extenderlo a los tratados en los que sean partes organizaciones internacionales. El Relator Especial invita a la Comisión a tomar nota de esta propuesta.

156. También a propósito del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, hay que recordar la observación efectuada por un Estado¹⁶⁴ (véase el párrafo 120 *supra*) según la cual este ámbito debe limitarse al derecho de los tratados, sin entrar en el derecho que regula el uso de la fuerza. No obstante, no hay nada que permita disociar dos temas que están vinculados, de forma que no cabe en este punto hacer total abstracción del uso de la fuerza (véanse los proyectos de artículos 13 a 15).

157. Un Estado¹⁶⁵ muestra su preocupación por el destino de los tratados relativos a los transportes internacionales y, en especial, los acuerdos aéreos. Es cierto que muchos de estos instrumentos no pertenecen a las categorías enumeradas en la lista anexa al proyecto de artículos, que una vez más hay que recordar que no tiene carácter exhaustivo. Su continuación también puede depender de forma especial de la naturaleza y el alcance del conflicto. Es cierto, por ejemplo, que la interrupción de la aplicabilidad de este tipo de acuerdos se justifica para los conflictos que se extienden a todo el territorio y al espacio aéreo y marítimo de un Estado parte, mientras que en conflictos más localizados puede darse el caso contrario. Además, hay que tener en cuenta que un conflicto puede irse extendiendo con el tiempo. Se trata de una cuestión en la que es particularmente difícil formular normas generales y abstractas. Por tanto, parece preferible limitarse a los elementos de los proyectos de artículos 4 y 5 para decidir el destino de los tratados en cuestión.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

158. Hay quien se ha preguntado¹⁶⁶ sobre la responsabilidad de un Estado parte en un tratado que ha provocado la aparición de un conflicto armado cuando dicho tratado deja de ser aplicable por causa del conflicto, especialmente cuando la otra u otras partes en el tratado no tenían ningún interés en darlo por terminado o retirarse de él. Este mismo Estado se pregunta además si, tratándose de los efectos de los conflictos armados en los tratados, el alcance y la duración del conflicto, así como la existencia de una declaración formal de guerra, son elementos que deban tenerse en cuenta. El Relator Especial preferiría limitarse a lo establecido en los proyectos de artículos 13 a 15 y no aventurarse en el terreno de la responsabilidad internacional en la que incurre el Estado que provoca el estallido de un conflicto armado. En cuanto al papel del alcance y la duración de conflicto cuando se trata de pronunciarse sobre la continuación de los tratados, hay que remitirse al proyecto de

artículo 4. Para determinar las obligaciones convencionales que siguen siendo aplicables durante y después del conflicto¹⁶⁷, son los proyectos de artículos 3 a 7, 11 y 12 los que deberían permitir encontrar la respuesta en cada caso concreto. Por lo que se refiere al mecanismo de reanudación de la aplicación de los tratados suspendidos¹⁶⁸, debe consultarse el proyecto de artículo 12, que ha sido objeto de comentarios exhaustivos en el presente informe (véanse los párrafos 110 a 114 *supra*). En lo que atañe, por último, a los diversos aspectos del destino de los tratados que ponen fin a los conflictos, así como a la evolución de los mandatos de mantenimiento de la paz y de los tratados de integración regional¹⁶⁹, parece que estas cuestiones rebasan el alcance del tema.

4. CLÁUSULAS DE SALVAGUARDIA O «SIN PERJUICIO»

159. Tal y como indica un Estado¹⁷⁰, si bien el proyecto de artículos no debería en última instancia adoptar la forma de normas obligatorias, podría estudiarse de nuevo la necesidad de las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio». Según el Relator Especial, es prematuro zanjar la cuestión, pero, sea cual sea la decisión que se adopte, estas cláusulas podrían mantenerse, ya que no hacen más que aclarar los límites de la aplicación de las normas materiales del proyecto.

5. OTRAS CUESTIONES

160. Un Estado¹⁷¹ observó que las consecuencias de la terminación, el retiro o la suspensión de un tratado, reguladas en los artículos 70 y 72 de la Convención de Viena de 1969, no se examinan en el presente proyecto de artículos. El Relator Especial no ve la necesidad de que se haga, puesto que está claro que dichos artículos son aplicables por analogía, teniendo en cuenta que si ha habido una notificación seguida de una objeción (proyecto de artículo 8), queda abierta la cuestión de la justificación de la terminación o de la suspensión, así como de la objeción. Según el Relator Especial, bastaría con mencionar las dos disposiciones de la Convención de Viena en los comentarios, quizá en los dedicados al proyecto de artículo 8.

161. Para terminar, es necesario volver a la cuestión fundamental mencionada en el párrafo 23 *supra* —suscitada por un Estado¹⁷² en el marco del proyecto de artículo 2, apdo. b—, consistente en saber si se aplican las mismas normas sin distinción en el marco de los conflictos armados internos e internacionales. También a propósito del proyecto de artículo 2, apdo. b, el Estado en cuestión observa que, en principio, y salvo cuando sea imposible la aplicación (caso en el que serían aplicables el proyecto de artículo 17 y el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969), un Estado no puede dejar de lado sus obligaciones (convencionales) a causa de la existencia de un conflicto armado interno.

¹⁶⁷ Argentina, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 23.

¹⁶⁸ Chipre, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 9.

¹⁶⁹ Ghana, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 2.

¹⁷⁰ Estados Unidos, *ibíd.*, párr. 22.

¹⁷¹ Belarús, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 43.

¹⁷² China, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), párr. 53 y documento A/CN.4/622 y Add.1.

¹⁶³ Belarús, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16), párr. 44.

¹⁶⁴ Portugal, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 27.

¹⁶⁵ Ghana, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 2.

¹⁶⁶ Ghana, declaración de 28 de octubre de 2008, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

162. Esta cuestión y la observación que la acompaña podrían aconsejar la introducción de una norma que limitara el derecho a la exención de obligaciones convencionales a la solicitud de la suspensión de dichas obligaciones, ya que, normalmente, en este tipo de conflictos no se cuestiona la propia existencia del titular de las obligaciones, incluso aunque venzan los rebeldes. Una norma en este sentido podría tener la siguiente redacción: «El Estado implicado en un conflicto armado de carácter no internacional sólo podrá solicitar la suspensión de tratados en los que sea parte», e incorporarse al proyecto de artículo 8. Es evidente que si el conflicto provocara una imposibilidad definitiva de cumplimiento o un cambio fundamental en las circunstancias (artículos 61 y 62 de la Convención de Viena de 1969), se podría reclamar la

terminación total o parcial del tratado por estos motivos sobre la base de lo dispuesto en el proyecto de artículo 17.

163. Por el momento, el Relator Especial se abstiene de presentar cualquier propuesta concreta e invita a los miembros de la Comisión a que den su opinión al respecto.

R. Forma que debe darse al proyecto de artículos

164. En su debido momento, la Comisión tendrá que reflexionar sobre la forma que ha de revestir el proyecto de artículos y las recomendaciones que deben dirigirse a la Asamblea General. Ese momento no ha llegado todavía, ya que aún hay aspectos importantes del proyecto pendientes de resolver.

EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/622 y Add.1

Observaciones e información recibidas de los gobiernos

[Original: chino, español, francés e inglés]
[15 de marzo y 11 de mayo de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	129
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-2 130
COMENTARIOS E INFORMACIÓN RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS	130
A. Comentarios generales	130
Austria	130
Burundi.....	130
China	130
Estados Unidos	130
Ghana	130
Irán (República Islámica del)	131
Líbano.....	131
Polonia.....	131
Portugal	131
Suiza.....	131
B. Comentarios específicos sobre los proyectos de artículos.....	131
1. Proyecto de artículo 1. <i>Ámbito de aplicación</i>	131
Austria	131
Burundi.....	132
China	132
Colombia.....	132
Ghana	132
Polonia.....	132
Portugal	132
2. Proyecto de artículo 2. <i>Términos empleados</i>	133
Austria	133
Burundi.....	133
China	133
Colombia.....	133
Cuba	134
Eslovaquia.....	134
Estados Unidos.....	134
Ghana	134
Polonia.....	134
Portugal	135
Suiza.....	135
3. Proyecto de artículo 3. <i>Carácter no automático de la terminación o la suspensión de la aplicación</i>	135
Austria	135
Burundi.....	135
China	136

	Página
Colombia	136
Ghana	136
Irán (República Islámica del)	136
Polonia	136
Portugal	136
Suiza	136
<i>4. Proyecto de artículo 4. Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro o la suspensión.....</i>	<i>137</i>
Austria	137
Burundi	137
China	137
Colombia	137
Estados Unidos	137
Irán (República Islámica del)	137
Polonia	137
Portugal	137
<i>5. Proyecto de artículo 5 y anexo. Aplicación de tratados resultante implícitamente de su materia</i>	<i>137</i>
China	137
Colombia	137
Estados Unidos	138
Ghana	138
Irán (República Islámica del)	138
Polonia	139
Portugal	139
Suiza	139
<i>6. Proyecto de artículo 6. Celebración de tratados durante un conflicto armado.....</i>	<i>140</i>
Austria	140
Colombia	141
Polonia	141
Suiza	141
<i>7. Proyecto de artículo 7. Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados</i>	<i>141</i>
Colombia	141
Polonia	141
Suiza	141
<i>8. Proyecto de artículo 8. Notificación de terminación, retiro o suspensión</i>	<i>141</i>
Austria	141
Estados Unidos	141
Irán (República Islámica del)	141
Polonia	141
Suiza	141
<i>9. Proyecto de artículo 9. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.....</i>	<i>142</i>
Ghana	142
Suiza	142
<i>10. Proyecto de artículo 10. Divisibilidad de las disposiciones de un tratado.....</i>	<i>142</i>
Austria	142
Colombia	142
<i>11. Proyecto de artículo 11. Pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación....</i>	<i>142</i>
China	142
Colombia	142
Polonia	143
<i>12. Proyecto de artículo 12. Reanudación de tratados suspendidos</i>	<i>143</i>
Austria	143
Colombia	143
Polonia	143
Suiza	143
<i>13. Proyecto de artículo 13. Efecto del ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva en un tratado</i>	<i>143</i>
Austria	143
China	143
Estados Unidos	143
Portugal	143
Suiza	143

	Página
14. Proyecto de artículo 14. Decisiones del Consejo de Seguridad	143
Irán (República Islámica del)	143
15. Proyecto de artículo 15. Prohibición de beneficio para un Estado agresor	144
Burundi	144
China	144
Colombia	144
Estados Unidos	144
Irán (República Islámica del)	144
Portugal	145
Suiza	145
16. Proyecto de artículo 16. Derechos y obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad	145
Suiza	145
17. Proyecto de artículo 17. Otros casos de terminación, retiro o suspensión	145
Colombia	145
Cuba	145
18. Proyecto de artículo 18. Restablecimiento de las relaciones convencionales después de un conflicto armado	145
Colombia	145
Polonia	145
Suiza	145

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899)	James Brown Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 100.
Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibíd., pág. 100.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.º 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17513, pág. 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Protocolo relativo al mecanismo de prevención, gestión, solución de conflictos, mantenimiento de la paz y seguridad (Lomé, 10 de diciembre de 1999)	<i>Cooperating for Peace in West Africa. An Agenda for the 21st Century</i> , A. Ayissi (ed.), Ginebra, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, 2001.
Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2158, n.º 37733, pág. 3.

Introducción

1. En su 60.º período de sesiones, celebrado en 2008, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados¹. En el párrafo 63 de su informe, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, pedir al Secretario General que transmitiera el proyecto de artículos a los gobiernos para que hicieran comentarios y observaciones, con el ruego de que los presentaran al Secretario General antes del 1.º de enero de 2010. El Secretario General distribuyó una nota verbal de fecha 2 de diciembre de 2008 por la que transmitió el proyecto de artículos a los gobiernos, así como una nota recordatoria, de fecha 15 de septiembre de 2009. En el párrafo 5 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General señaló a

¹ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 65. El texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes figura en ibíd., párr. 66.

la atención de los gobiernos la importancia que tenían para la Comisión los comentarios y observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de artículos.

2. Al 11 de mayo de 2010 se habían recibido respuestas por escrito de Austria (29 de marzo de 2010), Burundi (7 de abril de 2009), China (30 de diciembre de 2009), Colombia (9 de febrero de 2010), Cuba (29 de enero de 2010), Eslovaquia (31 de diciembre de 2009), los Estados Unidos (1.º de febrero de 2010), Ghana (4 de enero de 2010), la República Islámica del Irán (2 de marzo de 2010), el Líbano (6 de julio de 2009), Polonia (31 de diciembre de 2009), Portugal (6 de enero de 2010) y Suiza (14 de enero de 2010). Los comentarios y observaciones recibidos de estos Gobiernos se reproducen a continuación, clasificados por temas, comenzando por los comentarios de carácter general y continuando con los comentarios sobre proyectos de artículos específicos.

Comentarios e información recibidos de los gobiernos

A. Comentarios generales

AUSTRIA

El proyecto de artículos se basa en la opinión general de que se podrá dar por terminado un tratado o suspender su aplicación sólo en la medida en que se vea afectado por un conflicto armado. Esta posición podría plantear problemas en el caso de los tratados multilaterales, dado que los efectos podrían variar en función de si el tratado multilateral en cuestión es sinalagmático o si se trata de un tratado en que las obligaciones son *erga omnes partes*. Sería conveniente que la Comisión examinase también esta cuestión y sus consecuencias para el tema que se examina.

BURUNDI

1. Desde un punto de vista jurídico, los conflictos actuales se han convertido en luchas desestructuradas que no responden a las normas habituales y clásicas de los conflictos armados, observadas desde siempre en la práctica de la guerra. En los nuevos conflictos armados interviene toda una serie de agentes mal identificados, tales como las milicias, los miembros de facciones armadas, reclutados generalmente por vías no oficiales y carentes de cualquier noción de respeto de los derechos humanos, los propios civiles convertidos en actores del conflicto, los soldados coyunturales e incluso los mercenarios reclutados para una situación puntual; nos encontramos en un escenario en que cada grupo armado hace su propia ley, en detrimento de las reglas reconocidas y consagradas por el derecho internacional. Frente a estos cambios en el carácter de los conflictos, cabe preguntarse si los textos internacionales siguen siendo eficaces y pertinentes a la luz de la evolución registrada en los conflictos.

2. Pese a tales dificultades, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados resulta muy apropiada en lo que a los efectos de los conflictos armados en los

tratados se refiere. La inclusión de los conflictos internos en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe examinarse en el marco de esa Convención. La cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados forma parte del derecho de los tratados y debe distinguirse del régimen jurídico del uso de la fuerza.

CHINA

El proyecto de artículos debe establecer un equilibrio apropiado entre el mantenimiento de la continuidad y la estabilidad de las relaciones convencionales y el efecto que el hacer frente a los conflictos armados tiene en esas relaciones. El proyecto de artículos debería servir únicamente para complementar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y no para modificar su contenido.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos han apoyado sistemáticamente el enfoque general del proyecto de artículos, que mantiene una continuidad razonable de las obligaciones derivadas de los tratados durante los conflictos armados y determina varios factores pertinentes para decidir si un tratado debe mantenerse en vigor en caso de conflicto armado. No obstante, los Estados Unidos mantienen su opinión de que la labor sobre el proyecto y su examen deben continuar.

GHANA

1. Habida cuenta del número de conflictos violentos registrados en todo el mundo en la era posterior a la Guerra Fría, una perspectiva histórica de la conveniencia de prestar atención a un estudio de los efectos de los conflictos armados en los tratados indicaría que hay razones para considerar que merece la pena un estudio del tema basado en la práctica más actual. Pese a que no se ha demostrado aún que muchos de los conflictos de los que el mundo ha sido testigo hayan tenido serias repercusiones en el

derecho de los tratados, de todos modos parece útil ocuparse del tema, aunque sólo sea para anticipar, definir y perfeccionar las normas relativas a los posibles efectos en los tratados de las situaciones excepcionales de conflictos armados, con énfasis en todos los aspectos concebibles, y no únicamente en la suspensión o terminación de tratados por Estados o las funciones de depositario.

2. A la luz de las resoluciones aprobadas recientemente por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General para mejorar la protección de los civiles en los conflictos armados, la Comisión también podría encarar esta dimensión con cláusulas apropiadas de «sin perjuicio de» en lo que respecta al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, así como a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas relativas a las facultades del Consejo de Seguridad. Ghana suscribe la cláusula Martens enunciada hace un siglo poco más o menos, que postula que las poblaciones y los combatientes quedan protegidos por «los principios del derecho de gentes [...], las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública»¹.

3. Ghana suscribe una de las políticas declaradas que sirve de base al estudio de este tema, esto es, garantizar la seguridad, la estabilidad y la previsibilidad de las relaciones convencionales con objeto de reducir al mínimo los efectos negativos de los conflictos armados en las obligaciones convencionales. El estudio también debería ir dirigido a asegurar un equilibrio apropiado entre las naciones fuertes y débiles en materia de respeto del Estado de derecho y a fortalecer la Carta de las Naciones Unidas, para facilitar el logro de algunos propósitos y objetivos fundamentales de las Naciones Unidas, a saber, el desarrollo, la paz y la seguridad y el respeto de los derechos humanos.

¹ Convenciones II de 1899 y IV de 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, noveno párrafo del preámbulo.

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

La estabilidad, integridad y continuidad de los tratados internacionales es un principio reconocido del derecho internacional y ningún acto incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas debería afectar a la aplicación de dichos tratados. La República Islámica del Irán reitera su posición de que el mandato de la Comisión, en lo que respecta al examen de los efectos de los conflictos armados en los tratados, consiste en complementar, no en modificar, el derecho internacional de los tratados vigente, en particular lo estipulado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que en gran medida codifica el derecho internacional consuetudinario.

LÍBANO

El Líbano suscribe los proyectos de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados que aprobó la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008.

POLONIA

1. La tarea que se ha encomendado a la Comisión debería reevaluarse. Es muy posible que los empeños de la Comisión demuestren que el tema de los efectos de los

conflictos armados en los tratados no esté, después de todo, maduro aún para su codificación y desarrollo progresivo. No sólo hay escasa información sobre la práctica contemporánea de los Estados, sino también un cambio profundo en el ámbito de los conflictos armados (toda vez que la mayoría de los conflictos armados actuales no son internacionales), lo que hace que el proyecto resulte todavía más difícil de acometer. Por tanto, es muy posible que la única solución sea relegarlo a un segundo plano.

2. Mientras tanto, la Comisión podría considerar la redacción de un cuestionario que contenga una lista de preguntas bien pensadas y precisas sobre el proyecto dirigidas a los Estados. El cuestionario debería redactarse con vistas a determinar si una reglamentación amplia y viable del tema es alcanzable en este momento.

PORTUGAL

1. La cuestión principal que este tema plantea es conocer en qué medida la confianza mutua entre las partes en cuanto al cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el tratado se ve comprometida en caso de conflicto armado. Así pues, la clave del tema y la única razón para tratarlo, es la cuestión de cómo hallar un equilibrio entre la confianza de las partes como requisito para el cumplimiento de los tratados y la necesidad de seguridad jurídica.

2. Aunque ve con satisfacción que se está progresando en el examen del tema, Portugal opina que quedan algunas cuestiones importantes que todavía es preciso resolver para iniciar una labor más avanzada.

SUIZA

El presente proyecto de artículos reviste un evidente interés para Suiza, no sólo en su calidad de Estado parte en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales sino también en su calidad de Estado depositario de ellos. El reconocimiento de la comunidad internacional de que no se puede considerar que una situación de conflicto armado queda fuera del ámbito del derecho sino que debe regirse por el derecho fue confirmado de manera abrumadora por la aprobación en 1949 de los Convenios de Ginebra. La formulación del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados es una prolongación de ese principio.

B. Comentarios específicos sobre los proyectos de artículos

1. PROYECTO DE ARTÍCULO 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

AUSTRIA

Se plantea la cuestión de si está justificada la aplicación por igual del proyecto de artículos a las relaciones convencionales entre Estados partes en un mismo tratado que participen en un conflicto armado y a las relaciones entre un Estado que participe en un conflicto y un Estado que no sea parte en el conflicto (tercer Estado). Cabe preguntarse por qué el tercer Estado tendría que renunciar a determinados derechos sólo porque el otro Estado sea parte en un conflicto armado, habida cuenta en particular

de la convicción generalizada de que, en principio, el derecho de la paz continúa rigiendo las relaciones entre Estados partes en un conflicto y terceros Estados. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que un Estado parte en un conflicto armado suspenda la aplicación de los tratados de inversión bilaterales con terceros Estados a fin de evitar el pago de compensaciones por daños causados por operaciones militares. En tales circunstancias cabría preguntarse por qué las inversiones de un tercer Estado tendrían que dejar de gozar de protección debido únicamente al estallido de un conflicto armado. Si el Estado parte en el conflicto suspendiera la aplicación de un tratado de inversión, el tercer Estado ya no estaría obligado a proteger las inversiones del otro Estado, lo que daría lugar a una situación de igualdad. No obstante, es muy probable que el derecho a suspender tratados de esa índole se ejerza de manera indebida. Otra solución jurídica consistiría en solventar los problemas de los daños a bienes extranjeros invocando, bien el propio tratado de inversión, siempre que contenga disposiciones que regulen esa situación, o bien las normas sobre responsabilidad de los Estados. El régimen jurídico establecido en virtud del proyecto de artículos tiene por objeto concebir la situación planteada como una situación excepcional en que deben mantenerse las relaciones convencionales en la mayor medida posible. La conservación de las relaciones convencionales con el tercer Estado estaría en consonancia con dicha concepción. Asimismo, el comentario sobre el proyecto de artículo 4 confirma que los efectos de un conflicto armado en un tratado entre Estados que son parte en el conflicto no son idénticos a los efectos en un tratado entre un Estado parte en el conflicto y un tercer Estado. En el proyecto de artículo 4, apdo. *b*, se intenta solventar este problema mediante la adopción de un enfoque flexible en virtud del cual el alcance de los efectos determine el derecho a la suspensión o terminación, de manera que los tratados con terceros Estados quedarían en gran medida excluidos. Se propone que la Comisión vuelva a examinar este problema, incluida la posibilidad de excluir los tratados entre un Estado parte en un conflicto armado y un Estado que no es parte en dicho conflicto del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. No obstante, si se impusiera la opinión de que el proyecto de artículos debe aplicarse también a los tratados entre un Estado parte en un conflicto armado y un tercer Estado, estaría justificado otorgar también al tercer Estado el derecho a suspender, por ejemplo, un tratado que no sea compatible con las obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad.

BURUNDI

En cuanto a los efectos de los conflictos armados en los tratados sería muy aconsejable examinar dichos efectos en los tratados bilaterales y en los tratados multilaterales y distinguir entre Estados beligerantes y terceros Estados. En relación con los tratados celebrados con carácter provisional, debe entenderse que el ámbito de aplicación del proyecto de artículo abarca los tratados previstos en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

CHINA

China ha tomado nota del párrafo 4 del comentario sobre este artículo y comprende las razones de la

Comisión para limitar el ámbito de aplicación del artículo a los tratados entre Estados. Al mismo tiempo, China opina que, en vista del constante aumento de la participación de organizaciones internacionales en actividades internacionales, la diversidad de los tratados que están concertando con Estados va también en aumento, y tales tratados se ven inevitablemente afectados por los conflictos armados (por ejemplo, los acuerdos con países anfitriones en que participan organizaciones internacionales y Estados pueden crear tales problemas). Por esta razón, China recomienda que en la segunda lectura la Comisión considere más a fondo si incluir o no los efectos de los conflictos armados en los tratados en que participan organizaciones internacionales.

COLOMBIA

Se puede incluir la aplicación provisional de los tratados, pero Colombia hizo una reserva al ratificar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en el sentido de que no admite la entrada en vigor provisional de los tratados¹.

¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1393, n.º A-18232, pág. 381.

GHANA

El estudio de este tema podría ir más allá de un enfoque limitado a los efectos de los conflictos armados en los tratados en el sentido de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, relativa a los tratados entre Estados en sentido estricto, e incluir los acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales. Las disposiciones del Acta Constitutiva de la Unión Africana y las novedades registradas durante el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General avalan el argumento de que es importante que la Comisión estudie este tema más detenidamente.

POLONIA

Polonia propone que el proyecto de artículo 1 diga «[e]l presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de los conflictos armados entre Estados en lo que respecta a los tratados», de forma que su ámbito de aplicación quede limitado claramente a los conflictos armados internacionales entre Estados. El proyecto de artículos se origina en el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que hace referencia a la ruptura de hostilidades «entre Estados». En el comentario sobre el proyecto de artículo 1 se da a entender erróneamente que el descriptor «entre Estados» se refiere a tratados, siendo que salta a la vista que alude a hostilidades (véanse los comentarios adicionales al artículo 2).

PORTUGAL

1. La ampliación del alcance del tema a las situaciones en que sólo una parte en un tratado participa en un conflicto armado y a las situaciones de conflicto interno no es el enfoque más idóneo. Dichas situaciones ya se abordan adecuadamente en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativas a la «imposibilidad subsiguiente de cumplimiento» (art. 61) y

al principio *rebus sic stantibus* (art. 62), que comprenden las situaciones en que sólo un Estado prevé dificultades para aplicar un tratado. La cuestión que se plantea cuando se desarrolla un conflicto entre las partes en un tratado es la del nivel de confianza necesario para que se cumpla sistemáticamente.

2. La cuestión de la inclusión de los tratados celebrados por organizaciones internacionales plantea cuestiones prácticas y teóricas demasiado difíciles para abordar en el marco del tema y deberían excluirse de su alcance.

3. En cuanto a la posición de los terceros Estados frente al conflicto armado, Portugal apoya plenamente la evaluación de que, como consecuencia del derecho de los tratados, un conflicto armado sólo puede producir, respecto de un Estado que no participe en ese conflicto, las consecuencias previstas generalmente en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Por tanto, tiene dudas acerca de la recomendación del Grupo de Trabajo de que el proyecto de artículos debe aplicarse a todos los tratados entre Estados cuando al menos una de las partes participa en un conflicto armado¹.

¹ *Anuario...* 2007, vol. II (segunda parte), párr. 324, subpárr. 1, apdo. a, inc. i).

2. PROYECTO DE ARTÍCULO 2. TÉRMINOS EMPLEADOS

AUSTRIA

1. El proyecto de artículos debe hacer referencia únicamente a los conflictos armados internacionales, pese a que la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales es cada vez más confusa. El derecho internacional humanitario actual se basa en gran medida en dicha distinción. El otro Estado parte en un tratado podría no ser consciente de la existencia de un conflicto armado no internacional en un Estado, aun cuando se trate de una situación contemplada en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Así pues, la inclusión de los conflictos armados no internacionales obraría en detrimento de la estabilidad y la previsibilidad de las relaciones internacionales, que son dos de los principales objetivos del orden jurídico internacional. Dado que en un conflicto armado no internacional no hay otro Estado implicado, no está claro a qué otros Estados partes se aplicarían los efectos del proyecto de artículos. Tales situaciones deben regirse más bien por las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Los artículos 61 y 62 de la Convención parecen ofrecer una vía jurídica que permite hacer frente a dichas situaciones. El artículo 73 de la Convención únicamente excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones derivadas de la ruptura de hostilidades entre Estados; por consiguiente, sería aplicable a los conflictos armados no internacionales. El establecimiento de un régimen especial para las situaciones descritas podría resultar incompatible con la Convención, ya que añadiría un motivo adicional de suspensión unilateral a los ya previstos en el régimen de la Convención, pese al carácter exhaustivo de los motivos de suspensión o terminación previstos en la Convención.

2. Si bien en la actual definición de conflicto armado no se menciona explícitamente ninguna situación de ocupación, Austria considera que estas situaciones están incluidas en la definición.

3. Podría incluirse una definición de tercer Estado, en vista de que esta expresión tiene diferentes acepciones en el derecho internacional. El significado en este contexto hace clara referencia a un Estado que no es parte en un conflicto armado.

BURUNDI

Hay que reconocer que no es fácil distinguir los conflictos armados internacionales de los no internacionales. En la práctica contemporánea se ha desdibujado la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados internos, y las guerras civiles son ahora más frecuentes. Muchas de estas «guerras civiles» comprenden «elementos exteriores», por ejemplo el apoyo y la participación más o menos intensos de otros Estados. Los conflictos armados internos pueden producir efectos en la aplicación de los tratados tanto o más que los internacionales. Por ello, conviene que el proyecto de artículos también regule los efectos de los conflictos armados internos en los tratados. Es preciso determinar los efectos jurídicos en un tratado de las situaciones en que están implicados agentes no estatales, tales como milicias, miembros de facciones armadas, civiles que se convierten en actores de un conflicto, soldados coyunturales y mercenarios reclutados para una situación puntual.

CHINA

China es de la opinión de que las responsabilidades para con otros Estados de un Estado en cuyo territorio se desarrolla un conflicto armado y un Estado involucrado en un conflicto armado internacional no son idénticas. En principio, un Estado no tiene derecho a considerarse exento del cumplimiento de sus obligaciones internacionales a causa de un conflicto armado interno, salvo que ese conflicto armado interno haya privado a dicho Estado de su capacidad de cumplir sus obligaciones convencionales. En otras palabras, invocar un conflicto armado interno no tiene la misma fuerza que invocar un conflicto armado internacional como causa para que un Estado dé por terminado un tratado o suspenda su aplicación. Por consiguiente, China recomienda que la Comisión siga estudiando la cuestión.

COLOMBIA

1. La definición de conflicto armado se observa que se vincula a una situación que pueda afectar a la aplicación de los tratados. Es decir, se recoge en la definición un efecto o consecuencia del conflicto, y esto puede generar confusión. El derecho internacional de los conflictos armados no define exactamente «conflicto armado», pero permite identificar sus elementos y distinguir conflictos armados internos e internacionales. Del ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra puede colegirse que un «conflicto armado internacional» implica una guerra declarada o cualquier otro conflicto armado —lo que coincide con la definición propuesta en el apartado *b*— reconocido o no por una de las partes.

2. Retomar estos elementos en la definición del articulado sin mencionar una de las causas sería suficiente. Hay que tener en cuenta que, independientemente de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas sean parte o no en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, así como en las Convenciones de La Haya, tanto la CIJ como los Tribunales de Nuremberg y de Tokio han establecido que el derecho de los conflictos armados en su conjunto forma parte del *jus cogens* o derecho internacional consuetudinario y es, por tanto, de obligatorio cumplimiento, para todos los miembros de la comunidad internacional civilizada, aunque los Estados no sean signatarios de los diferentes instrumentos de Ginebra y de La Haya.

CUBA

Cuba considera que debe incluirse en el apartado *b* del artículo 2, dentro de la definición de «conflicto armado», el término «bloqueo», aunque no existan acciones armadas entre las partes. En el artículo también debe hacerse alusión tanto a los conflictos no internacionales, como los internacionales, teniendo en cuenta que ambos tipos de conflictos pueden influir en la ejecución y cumplimiento de los tratados.

ESLOVAQUIA

El término «conflictos armados» debe abarcar los conflictos armados internacionales y los conflictos armados sin carácter internacional. El empleo de este término es acorde con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y también con el artículo I del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos reiteran sus serias dudas de que resulte apropiado incluir una definición de «conflictos armados» en el proyecto de artículo 2. Cabe señalar que este término no se define ni siquiera en los tratados directamente relacionados con los conflictos armados, como los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. Hay una gran variedad de opiniones sobre esta cuestión y sería más apropiado abordar esa definición en un tratado negociado entre Estados. Parece dudoso que, de considerarse necesaria una definición de conflictos armados, la que figura en el artículo 2 sea idónea, habida cuenta de que difiere mucho de la manera en que esto se encara en los tratados y decisiones judiciales modernos. Además, los términos «ocupación militar» y «conflicto armado» tienen significados distintos en el derecho de los conflictos armados y, por ende, debe hacerse referencia a ellos por separado, de ser el caso.

2. Sería preferible dejar claro en el proyecto de artículo 2 que conflictos armados se refiere al conjunto de conflictos previstos en los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra (esto es, a conflictos armados internacionales y no internacionales).

GHANA

1. El estudio de este tema debería comprender los conflictos internos e internacionales. El artículo 3 del Protocolo relativo al mecanismo de prevención, gestión, solución de conflictos, mantenimiento de la paz y seguridad, de la CEDEAO, en el que Ghana es parte, estipula que uno de los objetivos del mecanismo es prevenir, gestionar y resolver conflictos internos y conflictos entre Estados sin establecer distinción entre los conflictos internacionales y no internacionales. En este contexto, la cuestión de la medida en que un conflicto armado afecta al carácter de las obligaciones convencionales de un Estado débil o fallido, sea o no su condición de tal consecuencia de un conflicto interno o de un conflicto internacional, merece seguir siendo estudiada. La práctica de Ghana no ha sido la de tomar represalias, sino de alentar el cumplimiento por un país vecino asolado por conflictos que decidió unilateralmente sustraerse al cumplimiento de algunos aspectos de las disposiciones de un tratado de la CEDEAO sobre la libre circulación de las personas, aduciendo problemas financieros y la necesidad de recaudar ingresos para facilitar su recuperación.

2. Por otra parte, y al igual que otros acuerdos de carácter similar, el citado Protocolo de la CEDEAO, que se pone en aplicación sobre todo en caso de conflicto, da pie para pensar que la Comisión tal vez desee examinar y elaborar en el curso de sus trabajos unas normas específicas que sean aplicables a tales categorías de tratados.

3. Un intento de la Comisión de considerar mayores aclaraciones de la definición de conflicto armado añadiría valor al examen de los efectos jurídicos de los conflictos armados en los tratados. En un intento aparente por hacer frente al problema de la definición, en el Protocolo de la CEDEAO se emplea el término «Estado miembro en crisis», que hace referencia tanto a un Estado miembro donde está en curso un conflicto armado como a un Estado miembro que tropieza con problemas graves y persistentes o situaciones de tensión extremas que, de no controlarse, podrían provocar una crisis humanitaria grave o poner en peligro la paz y la seguridad en la subregión o en un Estado miembro afectado por el derrocamiento o intento de derrocamiento de un gobierno elegido democráticamente. La Comisión puede tomar en consideración la cuestión de si ha habido o no una declaración formal de guerra y la duración del conflicto a la hora de esclarecer en mayor grado el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados.

POLONIA

1. En la definición del término «conflicto armado» se debería poner en claro que hace referencia exclusivamente a los conflictos armados internacionales añadiendo la palabra «internacional» después de la palabra «armado». La ampliación del ámbito de aplicación del proyecto de forma que abarque los conflictos armados internos es incompatible con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que ya se aplica a los conflictos armados internos. El Estado cuyo territorio es escenario de la agitación puede valerse de todo el espectro de medidas previstas en la Convención de Viena e intentar dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender

su aplicación. La inclusión de los conflictos armados internos en el proyecto de artículos socavaría tales garantías procesales consagradas en la Convención (véanse asimismo los comentarios sobre el artículo 1).

2. Polonia opina además que existe la necesidad de ampliar el artículo 2 de forma que abarque otros términos empleados en el presente proyecto de artículos. El documento debería seguir la pauta de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Por ejemplo, el término «parte» no se define y se utiliza para hacer referencia tanto a un Estado parte en un tratado como a un Estado parte en un conflicto. De resultas de esto, el término «tercer Estado», que significa no parte, es ambiguo toda vez que puede referirse tanto a un tercer Estado con respecto al tratado (no parte en un tratado), como a un tercer Estado con respecto al conflicto armado (no parte en el conflicto). Los términos «Estado parte» y «tercer Estado» tienen significados bien establecidos. Por consiguiente, el empleo de estos términos con referencia a los conflictos armados podría dar lugar a confusión. Deberían emplearse algunos otros términos en su lugar, como por ejemplo: «un Estado o los Estados en el conflicto», o «un Estado o los Estados hostiles» para hacer referencia al Estado que participa en un conflicto armado; y «un Estado o los Estados no partes en el conflicto» para hacer referencia al Estado designado como ajeno al conflicto pero que sigue siendo parte en el tratado de que se trate.

PORTUGAL

Portugal no está seguro de que deban incluirse los conflictos internos. Por definición, en un conflicto interno no participa más de un Estado parte en un tratado y el conflicto no afecta directamente a las relaciones entre ese Estado y los demás Estados partes y, por ende, sólo puede poner en aplicación las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativas a la suspensión o terminación de tratados.

SUIZA

1. El conflicto interno debe quedar comprendido. La experiencia de los últimos decenios demuestra que los conflictos armados internos pueden afectar a la capacidad de un Estado para cumplir sus obligaciones contractuales, de la misma manera que los conflictos armados internacionales. El estudio de la Secretaría confirma esta impresión con varios ejemplos concretos de la práctica de los Estados¹. Además, numerosos Estados han expresado esta posición en la Sexta Comisión, y también lo han hecho algunos miembros de la CDI.

2. Las objeciones de los Estados que se oponen a la inclusión del conflicto armado interno en la expresión «conflicto armado» desaparecen si se tiene en cuenta que únicamente serían pertinentes los conflictos armados «que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados» (apartado *b* del artículo 2). En

consonancia con esta disposición, Suiza cree que la definición de conflicto armado debería comprender el conflicto armado interno, en la inteligencia de que los Estados pueden hacer valer su existencia para suspender la aplicación de un tratado o ponerle fin siempre que el conflicto de que se trate tenga un cierto grado de intensidad.

3. Además, es importante no formular en el proyecto una definición más estrecha de conflicto armado, que excluya al conflicto armado interno, que la que se encuentra en otros instrumentos de derecho internacional. Evidentemente es peligroso dar a entender que el concepto de «conflicto armado», establecido en el contexto del derecho internacional humanitario, deba interpretarse de otra forma en el contexto del derecho de los tratados. Ello puede suscitar confusión si en un documento ulterior se utiliza la expresión «conflicto armado» o se hace referencia a ella. Suiza está de acuerdo, por consiguiente, con el comentario del apartado *b* del artículo 2 del proyecto, que indica que los conflictos armados internos quedan incluidos en la expresión «conflicto armado».

4. En el mismo sentido, la expresión «operaciones armadas» podría interpretarse como una referencia al conflicto clásico entre Estados, habida cuenta de que se utiliza generalmente en un contexto de estrategia militar tradicional, vale decir, en un contexto de conflicto entre Estados. Cabe preguntarse si no habría que modificar el artículo 2 del proyecto para evitar esa interpretación.

5. También cabe impugnar la expresión «estado de guerra». Según este concepto de derecho internacional público tradicional, existe una guerra entre Estados desde el momento en que se hace una declaración formal de guerra, haya o no efectivamente acciones armadas. En el derecho internacional público moderno este concepto ha quedado claramente obsoleto. El uso de esa expresión es inapropiado en el contexto de los efectos de los conflictos armados en los tratados.

6. Suiza cree que la expresión «conflicto armado» incluía ya las situaciones de ocupación y, para cubrirlas, no es necesario utilizar la expresión «estado de guerra». Por lo tanto, Suiza propone suprimir la expresión «estado de guerra». A fin de evitar malentendidos, en el comentario se podría mencionar expresamente que quedan incluidas las situaciones de ocupación de un territorio.

3. PROYECTO DE ARTÍCULO 3. CARÁCTER NO AUTOMÁTICO DE LA TERMINACIÓN O LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN

AUSTRIA

La formulación del proyecto de artículo 3 depende de si se incluyen los tratados celebrados por una parte en un conflicto armado con un tercer Estado.

BURUNDI

Burundi apoya la postura de que el estallido de un conflicto armado no produce necesariamente la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación, si bien dicha aplicación puede verse obstaculizada en la práctica. Así pues, el Estado que ejerce su derecho de legítima defensa debe estar facultado para suspender la vigencia de

¹ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/550, párrs. 147 y ss.

un tratado que esté en conflicto con dicho derecho. En el terreno de la «lucha contra la impunidad», esta obligación aún no ha sido aceptada universalmente por la comunidad internacional, pero debería serlo de la misma forma que las relativas a otras cuestiones candentes, como el terrorismo o el tráfico de drogas, entre otras. La cuestión que entonces se plantea es la de si el examen de la lucha contra la impunidad debe regular el presente proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. En opinión de Burundi, el asunto debe abordarse en el texto desde el momento en que el objetivo del artículo es aclarar la situación y promover la seguridad jurídica en las relaciones entre los Estados cuando establece que el estallido del conflicto armado no produce necesariamente la terminación del tratado ni la suspensión de su aplicación. Sería ésta además una manera de compeler a los Estados a sentirse en la obligación de extraditar o juzgar, o someter a juicio a los criminales y eliminar la impunidad, a fin de instaurar la justicia en todo el mundo sin dar refugio a los responsables.

CHINA

El principio recogido en el proyecto de artículo 3 favorece el mantenimiento de la estabilidad en las relaciones internacionales y China es de la opinión de que se puede utilizar como base para el proyecto.

COLOMBIA

Este artículo resulta acorde con los principios generales del derecho internacional y con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

GHANA

El estallido de conflictos armados no debe producir *ipso facto* la suspensión de los tratados ni su terminación.

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

1. La República Islámica del Irán defiende firmemente el principio de la presunción de estabilidad jurídica y continuidad de las relaciones convencionales y considera que es parte fundamental del tema en cuestión. El uso de dos expresiones diferentes en el título y en la primera frase del proyecto de artículo 3, a saber, «no automático» y «necesariamente», respectivamente, podría comprometer ese principio. A fin de evitar confusiones, el proyecto de artículo 3 debería redactarse de nuevo de modo afirmativo.

2. La República Islámica del Irán hubiera preferido que el proyecto de artículo 3 hiciera referencia específicamente a la categoría de tratados que establecen fronteras o crean un régimen territorial. Dicha referencia hubiera aclarado que los tratados que establecen fronteras o crean un régimen territorial constituyen excepciones. De esta forma, la Comisión evitaría el riesgo de enviar un mensaje erróneo a los Estados que, por el motivo que fuere, albergasen la intención de alterar la demarcación de sus fronteras internacionales. Es indispensable poner de relieve la importante función que desempeñan los tratados que establecen fronteras en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (véanse también las consideraciones en relación con el artículo 5).

POLONIA

Polonia celebra la idea general de que la existencia y la aplicación continuas de los tratados en tiempos de conflicto armado está en consonancia con el principio *pacta sunt servanda* y de que existe la necesidad de asegurar la estabilidad de las relaciones convencionales. Con todo, hay que aclarar la disposición. Cabe preguntarse si establece una presunción de existencia y aplicación continuas de los tratados, similar a la expresada en el artículo 42 de la Convención de Viena, o simplemente estipula que no hay presunción en sentido contrario. La palabra «necesariamente», que ha sustituido las palabras *per se* utilizadas originalmente por el Relator Especial, introduce ambigüedad. De resultados de la adición de la palabra «necesariamente», el proyecto de artículo 3 dispone que los tratados pueden o no terminar o ver suspendida su aplicación automáticamente en caso de conflicto armado. Cabe preguntarse entonces si quienes lo redactaron tuvieron la intención de dar cabida a la terminación de los tratados por la sola incidencia del estallido de un conflicto armado o si hace falta la intención expresa de parte de uno de los Estados que participa en el conflicto armado o de ambos.

PORTUGAL

1. Portugal acoge con satisfacción el artículo que contiene una norma general de no terminación o suspensión, que condensa bien el importante principio de la estabilidad de las relaciones convencionales. Esto puede ser una cuestión de política en vez de resultar de la práctica, como reconoció el propio Relator Especial en las observaciones finales que hiciera en el informe de 2008¹. Ahora bien, para Portugal esta es una idea fundamental y la que justifica abordar una cuestión que se excluyó intencionalmente de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

2. Portugal no comparte, sin embargo, las propuestas hechas en el informe de 2007² de que se agreguen nuevas cláusulas sobre los conflictos armados que están justificados con arreglo al derecho internacional, y la compatibilidad de esos conflictos armados con el objeto y el fin de la Carta de las Naciones Unidas. La estabilidad de los tratados, o su terminación o suspensión, no debe vincularse a la licitud o ilicitud del uso de la fuerza.

¹ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/589, párrs. 43 a 48.

² *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 290.

SUIZA

1. A juicio de Suiza, ni «automáticamente» ni «necesariamente» reflejan cabalmente el sentido de «*ipso facto*». En aras de la claridad de este artículo, Suiza cree que habría que retomar la expresión escogida en su momento por el Instituto de Derecho Internacional.

2. Por otra parte, a Suiza le parece oportuno destacar la presunción de que los tratados siguen aplicándose en el curso de un conflicto armado ya en el título de manera más expresa, sustituyendo el título actual por «Presunción de continuación».

4. PROYECTO DE ARTÍCULO 4. INDICIOS DE LA SUSCEPTIBILIDAD DE LOS TRATADOS A LA TERMINACIÓN, EL RETIRO O LA SUSPENSIÓN

AUSTRIA

De conformidad con la estructura del proyecto de artículos, un Estado parte en un conflicto decidirá unilateralmente si se han cumplido esas condiciones. No obstante, dado que la vaguedad de las condiciones otorga al Estado en cuestión una amplia discreción, éstas tendrían que definirse en mayor detalle.

BURUNDI

La intención de los Estados partes en el momento de concertarse el tratado debe ser objeto de examen cuando resulte necesario determinar si el tratado continúa o no en vigor.

CHINA

China es partidaria de que se examinen ampliamente factores como la intención de las partes en el tratado, el carácter y alcance de los conflictos armados y el efecto en los tratados cuando ocurren conflictos armados, para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión. China recomienda que la Comisión encuentre la manera apropiada de evitar que el proyecto actual sea malinterpretado por el lector como una lista exhaustiva de todos los factores que deben considerarse. China recomienda también que la Comisión considere la posibilidad de enumerar otros factores importantes que es preciso examinar, como los posibles resultados de la terminación, el retiro o la suspensión de un tratado.

COLOMBIA

La redacción confunde, ya que la terminación que se predica es del tratado, mientras que el retiro o la suspensión que se predicen son del Estado parte. Es necesario mejorar la redacción del primer párrafo y aclarar el alcance de esta disposición.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos están de acuerdo en que, en caso de conflicto armado, se ha de determinar si un tratado es susceptible de terminación o suspensión a la luz de las circunstancias del tratado de que se trate y de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

De la inclusión del indicio «la naturaleza y el alcance del conflicto armado» podría deducirse erróneamente que cuanto más intenso sea un conflicto y mayor sea su alcance, más probable será que las relaciones convencionales entre los Estados beligerantes se den por terminadas o se suspendan. «[L]os efectos del conflicto armado en el tratado» tampoco podría ser un factor determinante viable. A la larga esos indicios quedan sin definir y el uso de expresiones y frases similares en el proyecto de artículo 2, apdo. b, sin proporcionar definiciones claras, ha

dado lugar a cierta ambigüedad circular en cuanto al significado exacto de las expresiones. Además, la República Islámica del Irán considera inapropiado incluir el «retiro» en el proyecto de artículo, pues ello contradice el contenido del proyecto de artículo 3.

POLONIA

1. En opinión de Polonia, no queda claro qué situación el artículo tiene por objeto regular, ni quién ha de determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión en caso de conflicto armado. Cabe preguntarse si la disposición tiene por finalidad orientar a los Estados en sus actos unilaterales a la hora de intentar poner fin a un tratado o si tiene por objeto orientar a los tribunales a la hora de evaluar *ex post facto* la legalidad de tales actos de los Estados durante los conflictos armados.

2. El artículo 4 carece de un marco sólido de aplicación; el proyecto de artículos no aclara si un Estado que participa en un conflicto armado tiene derecho a poner fin unilateralmente a sus obligaciones en virtud del tratado. Los proyectos de artículos 8 y 11 proporcionan respuestas contradictorias al respecto. Mientras no se aclare esta cuestión, el proyecto de artículo 4 seguirá siendo confuso al carecer de un objeto claro y no cumplir ningún propósito claro.

PORTUGAL

Las partes han de concertar los tratados de buena fe y con la intención de cumplirlos (*pacta sunt servanda*). Así pues, en caso de estallido de hostilidades es muy difícil adivinar cuál era la intención de las partes en el momento de la concertación del tratado. Por consiguiente, Portugal apoya la propuesta del Grupo de Trabajo de que la «intención» se abandone como criterio predominante para determinar la susceptibilidad de los tratados a la terminación o suspensión¹. Los nuevos criterios recogidos en la disposición son más apropiados.

¹ *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 324, subpárr. 2.

5. PROYECTO DE ARTÍCULO 5 Y ANEXO. APLICACIÓN DE TRATADOS RESULTANTE IMPLÍCITAMENTE DE SU MATERIA

CHINA

Si bien China es de la opinión de que el anexo ayuda a los Estados a comprender el proyecto de artículo 5 y de que es útil en virtud de su carácter indicativo, no todos los tratados incluidos en la lista se ajustan a las condiciones señaladas en el proyecto de artículo 5. Por otra parte, los términos académicos utilizados en la lista, como «tratados normativos», son objeto de distintas interpretaciones en la práctica. China recomienda que la Comisión omita la lista como anexo del proyecto de artículos pero que mantenga en el comentario la información sobre los tratados que figuran en la lista.

COLOMBIA

Si bien no es viable pensar en una lista de los tratados que podrían continuar aplicándose o ejecutándose, sí puede aventurarse señalar algunos ejemplos de tales

tratados o de las materias de que se ocupan, para mayor ilustración.

ESTADOS UNIDOS

Si bien los Estados Unidos tienen algunas preocupaciones con respecto al empeño por clasificar por temas en el anexo los tratados que, por norma general, se seguirían aplicando durante un conflicto armado, apoyan la decisión de caracterizar la lista de categorías como indicativa y no exhaustiva. En particular, apoyan la declaración hecha en el comentario al artículo 5 de que puede ocurrir que sólo la materia de determinadas disposiciones del tratado de una de estas categorías implique necesariamente su mantenimiento en vigor. Por ejemplo, los tratados de amistad, comercio y navegación a menudo contienen disposiciones relativas al comercio bilateral cuya aplicación tal vez haya que suspender durante un conflicto armado entre las partes.

GHANA

La Comisión podría reflexionar también sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados que tienen por objeto poner fin a un conflicto, incluida la Carta de las Naciones Unidas, habida cuenta de su carácter singular como tratado posterior a un conflicto de carácter universal. La Comisión podría estudiar asimismo los efectos de los conflictos armados en los tratados que apuntan a promover la integración regional.

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

1. Sería muy conveniente que la Comisión aprovechara esta oportunidad para poner de relieve el carácter extraordinario de la categoría de tratados que establecen fronteras o crean un régimen territorial. No cabe duda de que «los tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas», a los que deben sumarse los tratados que establecen o modifican fronteras fluviales, ocupan un lugar destacado en la lista de categorías de tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 5. No obstante, la mera referencia a dichos tratados en el anexo difícilmente obligaría a las partes en un conflicto armado, dado que se trata de una lista indicativa anexa cuya condición jurídica aún no ha sido determinada. La República Islámica del Irán hubiera preferido que en el proyecto de artículo 3 se hiciera referencia explícitamente a esta categoría de tratados.

2. Todo tratado que establece una situación objetiva, como una frontera o un régimen territorial, pertenece por naturaleza a la categoría de tratados que establecen un régimen o una situación permanente. Dichos tratados crean obligaciones *erga omnes* a las que están sujetos los Estados partes en el tratado y la comunidad internacional en su conjunto, incluidos todos los Estados e incluso los agentes no estatales. Así pues, ni siquiera podría alegarse un cambio fundamental en las circunstancias, como el que supone un conflicto armado, como causa para dar por terminados esos tratados o retirarse de ellos.

3. El trato especial de los tratados que establecen fronteras o crean un régimen territorial se ha admitido expresamente en la Convención de Viena sobre el derecho de

los tratados y en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en que se establece una clara distinción entre los tratados que establecen fronteras y otro tipo de tratados. Por ejemplo, en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, relativo al cambio fundamental en las circunstancias, se especifica que un cambio de esa índole no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado que establece fronteras o retirarse de él. Del mismo modo, en el artículo 11 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, titulado «Regímenes de frontera», se especifica que «[u]na sucesión de Estados no afectará de por sí: a) A una frontera establecida por un tratado; ni b) A las obligaciones y los derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera». En ambos casos, la permanencia de las fronteras y su inviolabilidad sienta la premisa principal de dichas disposiciones.

4. Asimismo, el principio de la estabilidad y la permanencia de los regímenes territoriales establecidos en virtud de tratados es fundamental para la prestación de asistencia humanitaria y la protección de la población civil durante un conflicto armado. En función del lugar de residencia de la población, bien en territorios ocupados o bien en un territorio bajo control de una de las partes en el conflicto que no sea territorio ocupado, el derecho internacional humanitario ha creado dos conjuntos diferenciados de normas jurídicas a fin de garantizar el libre paso de envíos y suministros de asistencia humanitaria (véanse el artículo 23 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) y los artículos 69 y 70 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)). Resulta evidente que la intervención de un conflicto armado en la modificación o suspensión de la aplicación de los tratados que establecen fronteras causaría grave detrimento a la prestación de asistencia humanitaria y a la protección de la población civil.

5. La jurisprudencia internacional también apoya firmemente el principio de permanencia de las normas y los regímenes territoriales establecidos en virtud de tratados. Por ejemplo, la CIJ admitió recientemente que constituía un principio del derecho internacional el hecho de que un régimen territorial establecido en virtud de un tratado adquiría una permanencia de que no necesariamente gozaba el propio tratado, y que la continuidad de ese régimen no dependía de la continuidad del tratado en virtud del cual dicho régimen hubiera sido acordado¹. Esta observación de principio fue reiterada por la Corte en uno de sus fallos más recientes, en que sostuvo que, por naturaleza, las normas territoriales establecidas en los tratados de ese tipo se caracterizaban por su marcada permanencia².

¹ *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombia), excepciones preliminares, C.I.J. Recueil 2007, pág. 861, párr. 89.

² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, C.I.J. Recueil 2009, pág. 243, párr. 68; véase también *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), fallo, C.I.J. Recueil 1994, pág. 37, párr. 73 (para este caso, véase asimismo C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 72).

POLONIA

En opinión de Polonia, el artículo 5 es superfluo. Como existe un principio general de supervivencia de los tratados, no es necesario señalar las categorías de tratados cuya aplicación no cesa automáticamente al estallar un conflicto armado. Mantener el artículo 5 crearía confusión y podría despertar dudas acerca de la solidez del principio mismo de la supervivencia de los tratados, lo que socavaría en la práctica el principio expresado en el proyecto de artículo 3.

PORTUGAL

El proyecto de artículo 5 y su anexo tienen un importante papel en la determinación de las clases de tratados que no se pueden terminar ni suspender, y facilitan de esa manera la aplicación del proyecto de artículo 4. En principio, Portugal apoya el método de clasificación de los tratados y la recomendación de 2007 del Grupo de Trabajo de que se sustituyeran las palabras «objeto y fin» por «tenor»¹. Empero, la lista debería hacer mención expresa de los tratados que codifican las normas de *jus cogens*.

¹ *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 324, subpárr. 1, apdo. c, inc. i).

SUIZA

1. Suiza propone reestructurar el artículo 5 y su anexo en dos párrafos y un anexo del párrafo 1, que diría lo siguiente:

«1. En el caso de tratados cuya materia implique que continúan aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado, el estallido de un conflicto armado no afectará por sí mismo a su aplicación. En el anexo del presente párrafo figura una lista indicativa de las categorías de estos tratados.»

2. El párrafo 1 comprendería los tipos de tratados enumerados en él. Se mantendría la redacción actual, con una referencia expresa al anexo, habida cuenta de que el anexo contiene indicaciones importantes con respecto a las categorías de tratados en cuestión.

3. Por otra parte, el texto inglés «*treaties the subject matter of which involves the implication*» es bastante incómodo y no corresponde por lo demás al texto francés que habla de «*traités dont le contenu implique*» [el texto español dice «tratados cuya materia implique»]. Suiza también propone reemplazar la expresión inglesa «*that they continue in operation*» por «*that they continue to operate*» [en español, «que continúan aplicándose»].

4. Suiza propone introducir un párrafo 2 que rijan la aplicabilidad del segundo tipo de tratados:

«2. Los tratados relativos a la protección de la persona, en particular los de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional, así como la Carta de las Naciones Unidas, seguirán siendo o se harán aplicables en caso de conflicto armado.»

5. La protección que se confiere en el artículo 5 a los tratados respecto de la terminación o la suspensión no le

parece adecuada a Suiza para *todos* los tipos de tratados. Entre los tratados que implican que continúan aplicándose, hay un tipo cuya aplicabilidad en el conflicto armado es indudable. La necesidad de dar protección absoluta a estos tratados es de importancia fundamental para los propósitos de la comunidad internacional antes mencionados y queda de manifiesto en su texto y en la doctrina y la jurisprudencia pertinentes. El texto del actual artículo 5 del proyecto, sin embargo, no establece distintos grados de protección. Los tratados fundamentales de derecho internacional humanitario y derechos humanos (apdos. *a* y *d*) no están más protegidos respecto de la terminación o suspensión que, por ejemplo, los tratados relativos a los cursos de agua internacionales y a las instalaciones y construcciones conexas (apdo. *f*). Si bien Suiza es partidaria de mantener una lista indicativa en un anexo que siga al párrafo 1, parece indispensable estipular en un párrafo 2 del artículo 5 que ciertos tratados no pueden en caso alguno ser objeto de terminación, retirada o suspensión por la existencia de un conflicto armado.

6. Suiza propone utilizar la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1985 como modelo para un párrafo relativo a esos tratados. Esa resolución estipula en su artículo 4 que

[l]a existencia de un conflicto armado no autoriza a ninguna de las partes a poner fin unilateralmente a las disposiciones de un tratado relativas a la protección de la persona humana ni a suspender su aplicación, a menos que el tratado disponga otra cosa¹.

7. Con arreglo a la propuesta de Suiza, los tratados relativos a la protección de la persona humana, en particular los relativos al derecho internacional humanitario, a los derechos humanos y al derecho penal internacional, así como la Carta de las Naciones Unidas, siguen siendo o se hacen aplicables en caso de conflicto armado.

8. Los tratados de derecho internacional humanitario (que a juicio de Suiza no constituyen una subunidad de los «tratados relativos al derecho de los conflictos armados», como da a entender el apartado *a* del anexo) tienen un papel central en la protección de los individuos contra los males a que dan lugar los conflictos armados. Así, se desprende claramente del texto de los instrumentos de derecho internacional humanitario que son aplicables justamente en situaciones de conflicto armado y obedecen al propósito de regir uno u otro aspecto de las hostilidades. Una postura en contrario dejaría a esos derechos carentes de todo sentido. En consecuencia, los conflictos armados no pueden afectar a la aplicación de estos tratados en particular.

9. Los tratados de derechos humanos deben también ser objeto de protección absoluta. A juicio de Suiza, nadie parece impugnar en principio la aplicación de los tratados de derechos humanos en caso de conflicto armado. La CIJ ha indicado en varias ocasiones que la protección que ofrece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no termina en tiempos de guerra, salvo en virtud del artículo 4 del Pacto, según el cual los Estados partes, cumpliendo ciertas condiciones, pueden suspender en caso de peligro público algunas de las obligaciones impuestas en

¹ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 61, t. II, sesión de Helsinki (1985), París, Pedone, 1986, pág. 281.

ese instrumento. El hecho de que varios tratados de derechos humanos prevean la posibilidad de suspender la aplicación de ciertas disposiciones en caso de peligro público, incluido el de conflicto armado, confirma que, en principio, esos tratados siguen siendo aplicables en época de conflicto armado. La posibilidad de suspensión no afecta a que se siga aplicando un tratado de derechos humanos como tal, sino que se refiere a una forma de suspender algunas de sus disposiciones². El principio por el cual los tratados de derechos humanos siguen siendo aplicables en caso de conflicto armado ha sido confirmado por órganos encargados de la aplicación de tratados, la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad. Lo defienden además, numerosos autores en la doctrina. El derecho internacional humanitario, en particular el artículo 72 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el segundo párrafo del preámbulo del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), parten también de ese principio.

10. Al mismo tiempo hay que reconocer que una disposición de esa índole debe entenderse sin perjuicio de dos elementos; en primer lugar, la posibilidad de suspender ciertas disposiciones cuando ello esté previsto en las cláusulas de suspensión de tratados de derechos humanos, y en segundo lugar, la relación entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. En efecto, según la doctrina, los dos campos de derecho se consideran aplicables concurrentemente.

11. En el caso de los *tratados relativos al derecho penal internacional*, el estudio de la Secretaría menciona, entre otros, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, bajo «otros tratados que se ocupan de aspectos de los conflictos armados» que no quedan afectados por un conflicto armado³. Es efectivo que cierto número de crímenes definidos en tratados de derecho penal internacional podrían también considerarse pertinentes a los derechos humanos (la prohibición de la tortura, por ejemplo) o de derecho internacional humanitario (como las infracciones graves a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra). Sin embargo, no ocurre lo mismo con todos los crímenes con arreglo al derecho internacional. Teniendo en cuenta que esos instrumentos protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, parece procedente garantizar su aplicación en caso de conflicto armado de manera clara y expresa en un segundo párrafo.

12. Por último, Suiza propone incluir en el proyecto la Carta de las Naciones Unidas. Es cierto que los artículos 13 y 14 del proyecto enuncian implícitamente la primacía de la Carta y, por lo tanto, su aplicación. No obstante, a Suiza le parece conveniente incluir expresamente a la Carta en un párrafo que defina a los tratados aplicables en toda circunstancia. La Carta, además de enunciar los propósitos principales de la comunidad internacional,

antes mencionados, refiriéndose al contexto del conflicto armado enuncia las normas esenciales del *ius ad bellum*. El anexo debería modificarse de la forma siguiente:

«Anexo

Lista indicativa de las categorías de tratados a que se refiere el párrafo 1 del artículo 5

- a) Los tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o una situación permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas;
- b) Los tratados multilaterales normativos;
- c) Los tratados por los que se establece una organización internacional;
- d) Los tratados relativos a la solución de controversias por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la mediación, el arbitraje o la sumisión a la Corte Internacional de Justicia;
- e) Los tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares.»

13. Como ya se ha señalado, Suiza cree que una lista indicativa relativa al párrafo 1 puede en principio ser útil. Una vez dicho ello, a Suiza le parece que la formulación actual del proyecto de anexo es demasiado heterogénea y al mismo tiempo demasiado específica para cubrir los casos que sin duda se han de presentar en el futuro. A Suiza le parece conveniente suprimir los actuales apartados *a* y *b*, que están comprendidos en el párrafo 2 del artículo 5 del proyecto. Por lo demás, propone incluir las categorías genéricas que ha mencionado y que contienen las categorías actuales que, en algunos casos, son demasiado específicas. Por ejemplo, los tratados mencionados en el actual apartado *e*, con respecto a la protección del medio ambiente, pueden quedar subsumidos en el nuevo apartado *b*. El comentario de la Comisión confirma que los actuales apartados *f* y *g* constituyen subunidades del nuevo apartado *a*⁴. El actual apartado *j* puede quedar incluido en el nuevo apartado *d*. Los tratados diplomáticos y consulares pueden unificarse en razón de su parentesco. Por otra parte, a juicio de Suiza convendría añadir a la lista la categoría de tratados que establecen una organización internacional, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En cuanto a los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados, Suiza no cree que necesariamente formen parte de las categorías a que se refiere el párrafo 1 del artículo 5 del proyecto.

⁴ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 45 del comentario al proyecto de anexo del artículo 5, apdos. *f* y *g*.

6. PROYECTO DE ARTÍCULO 6. CELEBRACIÓN DE TRATADOS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

AUSTRIA

Austria está de acuerdo con la esencia de esta disposición. No obstante, en el párrafo 1 se plantea la cuestión del propósito de la referencia a la Convención de Viena

² Véase asimismo *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 33 del comentario al proyecto de artículo 5.

³ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/550, párr. 18.

sobre el derecho de los tratados y surge el interrogante de si la disposición se aplicaría a un Estado que no es parte en la Convención. De igual modo, cabría preguntarse por el significado de «lícito» en el párrafo 2. Ese término podría suprimirse, en particular en vista de que un acuerdo de esa índole podría ser ilícito por motivos diferentes a los expuestos.

COLOMBIA

Resulta redundante la mención de acuerdos lícitos en el párrafo 2. Es claro que los Estados están sujetos a las normas y principios del derecho internacional y éstos deben guiar sus actos como sujetos de derecho internacional.

POLONIA

El proyecto de artículo 6 debería suprimirse. No puede haber duda de que la participación en un conflicto armado no menoscaba ni puede menoscabar la capacidad de un Estado de celebrar tratados. Esta capacidad es un aspecto de la soberanía y la personalidad internacional del Estado.

SUIZA

El párrafo 2 del artículo 6 del proyecto debe entenderse sin perjuicio del artículo 9, habida cuenta de que los Estados no pueden legítimamente convenir en la terminación o suspensión de un tratado de *jus cogens*, por ejemplo.

7. PROYECTO DE ARTÍCULO 7. DISPOSICIONES EXPRESAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

COLOMBIA

Esta disposición resulta lógica y concuerda con el principio *pacta sunt servanda*.

POLONIA

El artículo 7 debería suprimirse porque hace constar algo evidente y no es necesario en vista del general principio consagrado en el artículo 3.

SUIZA

Sería más coherente que el artículo 7 quedara inmediatamente después del artículo 4, toda vez que el artículo 7 no es más que un caso, particularmente claro, de aplicación del artículo 4.

8. PROYECTO DE ARTÍCULO 8. NOTIFICACIÓN DE TERMINACIÓN, RETIRO O SUSPENSIÓN

AUSTRIA

1. Austria pone de relieve la necesidad de establecer un procedimiento que evite el largo procedimiento previsto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Si bien en el proyecto de artículo 8 se trata esta cuestión, no se establece nada sobre las consecuencias de una objeción formulada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3. ¿Significa eso que en el caso de una objeción debe aplicarse el procedimiento previsto en la Convención de Viena o que podrían aplicarse los procedimientos

habituales de solución de controversias? En el comentario no se trata esta cuestión.

2. Como se menciona en el proyecto de artículo 1, el tercer Estado también debería tener derecho a suspender o dar por terminado un tratado que sea incomparable con las obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad.

ESTADOS UNIDOS

El párrafo 2 debería quedar sujeto a la siguiente condición: «a menos que la notificación diga otra cosa», para preservar la posibilidad de que un Estado que así lo desee notifique por adelantado la fecha efectiva de terminación.

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

En el proyecto de artículo 8 se debería establecer una distinción entre las diferentes categorías de tratados. Si no se indica lo contrario, lo estipulado parece ser aplicable a todos los tratados, incluidos los tratados que establecen fronteras, y podría (mal)interpretarse, en ocasiones, como una invitación a «[u]n Estado participante en un conflicto armado que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte o retirarse de él» a declarar su intención de iniciar hostilidades. Existe una incoherencia entre esta disposición y la lista indicativa incluida en el anexo. Sería más adecuado y tendría más validez desde el punto de vista jurídico que el derecho inicial de la parte en un conflicto armado, a saber, la notificación, se limitase a tratados que no fuesen aquellos cuya materia implique que continúan aplicándose durante un conflicto armado.

POLONIA

1. El título del artículo es engañoso; la notificación a que se refiere el artículo no es de terminación, retiro o suspensión sino de la intención de un Estado de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. La diferencia es fundamental y refleja la idea de que un Estado no puede dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación unilateralmente como consecuencia de su participación en un conflicto armado. Lo que puede hacer es alegar la existencia de un conflicto armado como causa para expresar su intención de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. Por tanto, dicha notificación no tiene efectos en el tratado hasta que otro Estado convenga en ello. El único efecto que tiene la notificación es informar a otro Estado u otros Estados de la intención del Estado notificante.

2. Pese a ello, en el párrafo 3 se enuncia el «derecho» de una parte a formular objeciones, dando a entender que, de no ser por esa objeción, sería posible poner fin unilateralmente a la aplicación del tratado mediante la notificación de ponerle fin. La disposición es complicada y no proporciona orientación a los Estados.

SUIZA

1. Suiza está de acuerdo con la Comisión en que el proyecto de artículo 8 tiene como base el artículo 65 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El título del artículo 8 debería ajustarse al título del artículo 65, de modo que diga simplemente «Procedimiento», sobre todo

porque el proyecto de artículo 8 no se refiere únicamente a la notificación, sino a todo el procedimiento de terminación, retiro o suspensión de la aplicación.

2. Suiza expresa su beneplácito por la decisión de incluir la obligación de notificar como elemento constitutivo del principio de estabilidad con arreglo al artículo 3 del proyecto. Sin embargo, habría convenido mantener en el párrafo 2 la precisión de que es «la terminación, la suspensión de la aplicación o el retiro de una de las partes» lo que entra en vigor al momento de recibir la notificación, con miras a aclarar el efecto constitutivo de la notificación.

3. Por analogía con el párrafo 2 del artículo 65 la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se podría añadir un cierto plazo para formular la objeción. Teniendo en cuenta la urgencia que rige normalmente en circunstancias de conflicto armado, el plazo podría, a juicio de Suiza, ser inferior a tres meses. Otra posibilidad sería que en el párrafo 2 se estipulara que la terminación, la suspensión o el retiro surtirán efecto al momento en que se reciba la notificación, a reserva de una objeción pronta de la otra parte en el tratado.

4. Por lo demás, es importante mencionar la obligación de notificar en el artículo 3 del proyecto, que rige el carácter contingente de la terminación o de la suspensión de la aplicación, a fin de aclarar que la notificación constituye una condición para ellas.

5. Suiza recuerda que la Comisión no quiso incluir una disposición equivalente al párrafo 4 del artículo 65 en el proyecto de artículo 8 y consideró que «no sería realista tratar de imponer un régimen de solución pacífica de controversias para la terminación, retiro o suspensión de tratados en el contexto de un conflicto armado»¹. Suiza se pregunta sobre qué base se tomó esa determinación y si su resultado está realmente en consonancia con las demás disposiciones del proyecto. La hipótesis de la Comisión parece estar en contradicción con el artículo 5 y la lista indicativa contenida en el anexo. En efecto, según el apartado *i*, el estallido de un conflicto armado no impedirá en sí mismo la aplicación de los tratados relativos a la solución de diferencias entre Estados por medios pacíficos, en particular la conciliación, la mediación, el arbitraje o la sumisión a la CIJ, y ello se debe a la implicación de que éstos siguen siendo aplicables.

6. Por su parte, Suiza cree más bien que la cuestión de saber si se puede en derecho imponer un sistema de solución pacífica de controversias cuando se trata de la terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado en el contexto de un conflicto armado debe determinarse con arreglo a criterios aplicados por la Comisión en otras disposiciones del proyecto, en particular los artículos 4, 5 y 7. Se debería reconsiderar el párrafo 3 del artículo 8 a la luz de estas reflexiones a fin de que el proyecto no atente contra el derecho de una de las partes de recurrir a un sistema de solución pacífica de controversias en caso de que la continuación de la aplicación de un tratado que prevea un sistema de esa índole esté en juego con arreglo a los artículos mencionados.

¹ *Anuario...* 2008, vol. II (segunda parte), párr. 1 *in fine* del comentario al artículo 8.

9. PROYECTO DE ARTÍCULO 9. OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL INDEPENDIEMENTE DE UN TRATADO

GHANA

Cuando un tratado se torna ineficaz de resultados del estallido de un conflicto armado, esto no debe suspender necesariamente las obligaciones convencionales asumidas por un Estado con arreglo a normas de derecho internacional consuetudinario preexistentes o imperantes generalmente reconocidas como vinculantes para todos los Estados en virtud del derecho internacional.

SUIZA

A juicio de Suiza, es importante recordar el principio en el contexto del proyecto de artículos. Además, convendría mencionar en el comentario de este artículo de manera expresa la categoría de normas de *jus cogens*.

10. PROYECTO DE ARTÍCULO 10.
DIVISIBILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE UN TRATADO

AUSTRIA

La actual redacción no aclara si la terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación deben surtir efecto sólo en relación con las cláusulas de los apartados *a* a *c*. Si bien este proyecto de artículo tiene por objeto establecer una distinción con respecto a las disposiciones conexas del artículo 44 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se necesita una aclaración en el texto del propio proyecto de artículo.

COLOMBIA

No se entiende el alcance del término «injusta» en el apartado *c*.

11. PROYECTO DE ARTÍCULO 11. PÉRDIDA DEL DERECHO A DAR POR TERMINADO UN TRATADO, RETIRARSE DE ÉL O SUSPENDER SU APLICACIÓN

CHINA

El proyecto de artículo 11 podría dar lugar a distintas interpretaciones. China comprende que las circunstancias que hacen que un Estado pierda el derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación descritas en este artículo surgen después del estallido de un conflicto armado; si no fuera así, sería contrario a la intención original de la Comisión al redactarlo de acuerdo con el artículo 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, así como a los objetivos del presente proyecto. La Comisión debería enmendar en tal sentido el texto actual para aclarar el contenido pertinente.

COLOMBIA

El comportamiento unilateral es fuente de derecho internacional por aquiescencia, de manera que el apartado *b* resulta de recibo.

POLONIA

El proyecto de artículo 11 es la única disposición en la que se reconoce expresamente que un Estado que participa en un conflicto armado puede, como consecuencia de éste, dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. Sin embargo, ese derecho no está contemplado en el proyecto de artículos. El artículo 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se transpuso al proyecto de artículo 11 sin tener en cuenta las diferencias entre la Convención de Viena y el proyecto de artículos. El artículo 45 de la Convención de Viena se refiere al derecho a alegar una causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. El artículo 45 no hace referencia al derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, porque tal derecho no existe con arreglo a la Convención de Viena. La cuestión del derecho de un Estado a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación debe resolverse como cuestión de principios.

12. PROYECTO DE ARTÍCULO 12.
REANUDACIÓN DE TRATADOS SUSPENDIDOS

AUSTRIA

Austria está plenamente de acuerdo con la idea que subyace a este proyecto de disposición. No obstante, en el texto no se indica si la determinación de reanudar la aplicación de un tratado debe adoptarse de común acuerdo (como parecería desprenderse del párrafo 2 del comentario) o podría adoptarse unilateralmente.

COLOMBIA

No parece conveniente que desde el inicio se descarte la mención de la posibilidad de que las Partes manifiesten su voluntad de reanudar el tratado y lleguen a acuerdo sobre tal reanudación y en qué condiciones, como una de las potestades de los Estados soberanos. Es importante hacer una lectura de este artículo conjuntamente con la propuesta contenida en el artículo 18 y analizar si conviene integrarlos en uno solo.

POLONIA

La relación con el artículo 18 es poco clara.

SUIZA

Habida cuenta del parentesco y de las relaciones sustanciales que hay entre los artículos 12 y 18, Suiza cree que sería más lógico si quedasen ubicados uno después del otro.

13. PROYECTO DE ARTÍCULO 13. EFECTO DEL EJERCICIO DEL
DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA INDIVIDUAL O COLECTIVA EN
UN TRATADO

AUSTRIA

1. Si bien no cabe duda de que la víctima de un ataque armado, en el sentido del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, debería tener derecho a suspender la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio del derecho de legítima defensa, en el proyecto de artículo 13 se suscitan algunas cuestiones. Podría interpretarse que el derecho de suspensión puede ejercerse en relación con cualquier tratado, independientemente de las restricciones

que se especifican en el proyecto de artículo 4. Dado que esto no está previsto, sería conveniente, o incluso necesario, incluir una indicación clara sobre la aplicabilidad del proyecto de artículo 4 (por ejemplo, «de conformidad con el artículo 4») u otro tipo de restricción.

2. La otra cuestión que se plantea es si las condiciones relativas a la divisibilidad de un tratado con arreglo al proyecto de artículo 10 también serían aplicables en el contexto actual. Cabría preguntarse también por qué el proyecto de artículo 13 sólo hace referencia a la suspensión y no a la terminación y el retiro, como se prevé en el proyecto de artículo 4. El comentario no hace alusión a estas cuestiones.

CHINA

China ha observado una discrepancia entre los textos del proyecto de artículo 13 que figuran en el documento A/CN.4/L.727/Rev.1 y Add.1 y en el *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte). China comprende que el texto adicional relativo a que se tengan en cuenta las consecuencias de la agresión contenido en el primer documento podría ayudar a reducir el riesgo de que se abuse de ese proyecto de artículo, pero recomienda que la Comisión siga examinando la relación del artículo con los proyectos de artículos 14 y 15.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos ven con preocupación que el proyecto de artículo 13 pueda interpretarse erróneamente para dar a entender que un Estado que actúa en legítima defensa tiene derecho a suspender la aplicación de las disposiciones convencionales susceptibles de afectar a su ejercicio de la legítima defensa. El comentario debe aclarar, como mínimo, que, en la medida en que ese derecho existiera, sería un derecho limitado que no afectaría a las disposiciones convencionales concebidas para aplicarse en un conflicto armado, particularmente las disposiciones de los tratados sobre el derecho internacional humanitario y la regulación de los conflictos armados como los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra.

PORTUGAL

Portugal considera que el proyecto de artículos debe elaborarse a la luz del derecho de los tratados y no del relativo al uso de la fuerza. Por tanto, no debe abordarse la cuestión de la legítima defensa. En un conflicto armado suele ser difícil determinar el agresor y la víctima. El uso ilícito de la fuerza no afecta a la cuestión de si un conflicto armado lleva automática o necesariamente a la suspensión o terminación.

SUIZA

A Suiza le parece conveniente aclarar que incluso el Estado que ejerce su derecho de legítima defensa está sometido a la aplicación del artículo 5 del proyecto, y propone enmendar el artículo 13 en ese sentido.

14. PROYECTO DE ARTÍCULO 14.
DECISIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

1. La República Islámica del Irán considera que la cláusula «sin perjuicio de» que contiene el proyecto de

artículo 14 no sólo es redundante, considerando los Artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas, sino que además se ocupa de una cuestión que queda fuera del mandato de la Comisión y, por consiguiente, debería suprimirse. En su práctica con respecto a los conflictos armados internacionales, el Consejo de Seguridad siempre ha hecho hincapié en su respeto por las obligaciones contraídas en virtud de tratados y la integridad territorial de los Estados que participan en conflictos armados. La práctica de otros órganos de las Naciones Unidas, incluida la Asamblea General, indica también que las partes en un conflicto armado están obligadas a respetar plenamente las obligaciones que les incumben en virtud de tratados, en particular los tratados que determinan las fronteras internacionalmente reconocidas.

2. Asimismo, la República Islámica del Irán no está de acuerdo con la interpretación del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que figura en el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 14. En términos generales, este artículo tiene por objeto únicamente resolver los conflictos que surjan entre las disposiciones de la propia Carta, por un lado, y las obligaciones derivadas de otros tratados internacionales, por otro. No obstante, la autoridad del Consejo de Seguridad está sujeta a ciertas limitaciones; como sostuvo el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Tadić*, en cualquier caso, ni el texto ni el espíritu de la Carta conciben al Consejo de Seguridad como *legibus solutus* (no obligado por la ley)¹. Los Estados Miembros se han comprometido a cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad sólo si se ajustan a la Carta de las Naciones Unidas. Como sostuvo la CIJ en su opinión consultiva *Consequences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*², de 1971, el Consejo de Seguridad debe respetar las mismas normas internacionales que se aplican a los Estados Miembros, pero no debe extralimitarse en el ejercicio de su autoridad (*ultra vires*) ni exigir que se violen los principios y normas derivados de las relaciones convencionales, en particular el principio *pacta sunt servanda* y el respeto de las fronteras internacionales establecidas y reconocidas en virtud de un tratado. Por consiguiente, el Consejo de Seguridad actuará de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, en particular el respeto de las obligaciones dimanantes de tratados, en el desempeño de su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»*, caso n.º IT-94-1-AR72, *Recueil judiciaires 1994-1995*, pág. 380, párr. 28.

² C.I.J. *Recueil 1971*, pág. 16. Véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 107.

15. PROYECTO DE ARTÍCULO 15. PROHIBICIÓN DE BENEFICIO PARA UN ESTADO AGRESOR

BURUNDI

Cabe preguntarse, en este contexto, si según la Carta de las Naciones Unidas puede entenderse que no hay diferencia en los efectos jurídicos sobre un tratado según se trate de un Estado agresor o de un Estado que ejerce la legítima defensa.

CHINA

China es consciente de las consideraciones normativas expresadas en artículo 15. Con todo, si el Estado agresor da por terminado un tratado o suspende su aplicación en consonancia con las disposiciones del propio tratado, se plantea un conflicto entre las disposiciones de este artículo y las del tratado en cuestión. El proyecto de artículos no da indicación alguna sobre cómo se ha de resolver dicho conflicto. La Comisión debería aclarar mejor esta cuestión, así como la de si establecer o no disposiciones similares con respecto al uso ilícito de la fuerza distinto de la agresión.

COLOMBIA

Valdría la pena precisar si el conflicto armado a que alude este artículo se ocasiona con motivo de la agresión.

ESTADOS UNIDOS

El proyecto de artículo 15 resulta problemático ya que incorpora la definición de agresión enunciada en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, en que la Asamblea recomendó que, cuando procediera, el Consejo de Seguridad, tuviera en cuenta esa definición como orientación para determinar, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la existencia de un acto de agresión. Los Estados Unidos consideran que al incorporar esa definición directamente en el artículo 15 y especificar las consecuencias jurídicas que dimanen de los actos comprendidos en esa definición, el proyecto de artículo 15 no reconoce como es debido el proceso descrito en la Carta de las Naciones Unidas para adoptar una determinación autorizada de agresión, y deja, al parecer, en manos del Estado beligerante la capacidad de decidir si ha cometido una agresión. Por otra parte, puede que el ámbito de aplicación de esta disposición sea innecesariamente limitado, ya que no contempla el caso de un Estado que ha utilizado la fuerza ilícitamente de un modo que no constituye una agresión. Los Estados Unidos recomiendan que se suprima la mención de la resolución 3314 (XXIX) y que la primera cláusula del artículo estipule lo siguiente: «[un] Estado que cometa una agresión determinada con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado».

IRÁN (REPÚBLICA ISLÁMICA DEL)

La República Islámica del Irán es partidaria de la inclusión del proyecto de artículo 15 y sostiene que debe establecerse una clara distinción entre las situaciones en que se hace un uso ilícito de la fuerza y las situaciones de legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La República Islámica del Irán siempre ha defendido la posición de principio de que no se debe permitir que un Estado que recurra al uso ilícito de la fuerza se beneficie en modo alguno de ello. Es un principio general del derecho internacional que ningún Estado puede beneficiarse de su propio hecho ilícito.

PORTUGAL

Si bien comparte la opinión de que un Estado agresor no puede quedar en la misma situación que el Estado que ejerce el derecho de legítima defensa a los efectos de hacer valer la licitud de una conducta, Portugal reitera su firme convencimiento de que este tema debe permanecer dentro del marco del derecho de los tratados y de que hay que evitar abordar los aspectos relacionados con el derecho sobre el uso de la fuerza. A Portugal le preocupa también la vinculación del proyecto de artículo con determinadas definiciones de agresión.

SUIZA

Suiza aprecia la importancia de este proyecto de artículo, pero se pregunta si no sería más conveniente ampliar el alcance de la prohibición de aprovechar la terminación o suspensión en las situaciones en que un Estado recurre a la amenaza o al empleo de la fuerza de manera ilegítima según el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en lugar de referirse únicamente a la agresión.

16. PROYECTO DE ARTÍCULO 16. DERECHOS Y OBLIGACIONES DIMANANTES DEL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

SUIZA

El artículo reviste especial importancia para Suiza, que está de acuerdo con su texto actual y con su estructura de cláusula «sin perjuicio».

17. PROYECTO DE ARTÍCULO 17. OTROS CASOS DE TERMINACIÓN, RETIRO O SUSPENSIÓN

COLOMBIA

En este artículo bastaría mencionar que el articulado se entiende sin perjuicio de la terminación, suspensión o retiro de los tratados que pueda ocurrir por otras causas a la luz del derecho internacional.

CUBA

Cuba considera que debe definirse en los apartados *b* y *d* del artículo 17 lo que se entiende por «violación grave» y «cambio fundamental de circunstancias».

18. PROYECTO DE ARTÍCULO 18. RESTABLECIMIENTO DE LAS RELACIONES CONVENCIONALES DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO

COLOMBIA

Véase el comentario al proyecto de artículo 12.

POLONIA

La relación con el artículo 12 es poco clara.

SUIZA

Véase el comentario al proyecto de artículo 12.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/625 y Add.1 y 2

Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]
[19 de marzo, 28 de mayo y 9 de julio de 2010]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....		149
Obras citadas en el presente informe.....		151
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN.....	1-16	154
PRIMERA PARTE. COMPLEMENTO DE LA PRIMERA PARTE DEL PLAN DE ESTUDIO REESTRUCTURADO (REGLAS GENERALES).....	17-276	156
<i>Capítulo</i>		
I. PRÁCTICAS DE EXPULSIÓN PROHIBIDAS.....	18-276	156
A. Expulsión colectiva.....	19-28	156
B. Expulsión encubierta.....	29-43	157
<i>Proyecto de artículo A. Prohibición de la expulsión encubierta.....</i>	42	160
C. Extradición encubierta como expulsión.....	44-72	160
<i>Proyecto de artículo 8. Prohibición de la extradición encubierta como expulsión.....</i>	72	166
D. Motivos de expulsión.....	73-210	167
1. Orden público y seguridad pública.....	78-99	167
2. Criterios de apreciación de los motivos de orden público y de seguridad pública.....	100-118	172
3. Otros motivos de expulsión.....	119-210	176
<i>Proyecto de artículo 9. Motivos de expulsión.....</i>	210	199
E. Condiciones de detención de la persona en vías de expulsión.....	211-276	199
1. Ejemplos de condiciones de detención que menoscaban los derechos de los extranjeros en vías de expulsión.....	214-227	200
2. Condiciones de ejecución de la expulsión.....	228-236	205
3. Condiciones de detención del extranjero en vías de expulsión.....	237-261	207
4. Duración de la detención.....	262-276	214
<i>Proyecto de artículo B. Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión.....</i>	276	217
SEGUNDA PARTE. PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN.....	277-520	217
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: DISTINCIÓN ENTRE «EXTRANJEROS EN SITUACIÓN LEGAL» Y «EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ILEGAL».....	278-292	218
A. Fundamento de la distinción entre «extranjeros en situación legal» y «extranjeros en situación ilegal».....	278-286	218
B. Aclaración semántica de las nociones de extranjero «residente» o «que se halla legalmente» o «ilegalmente» en el territorio de un Estado.....	287-292	219
III. PROCEDIMIENTOS APLICABLES A LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE HAN ENTRADO ILEGALMENTE EN EL TERRITORIO DEL ESTADO.....	293-316	220
A. Extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio del Estado que los expulsa.....	293-309	220
B. Caso de los extranjeros en situación ilegal que han residido durante un período prolongado en el territorio del Estado que los expulsa.....	310-316	224
<i>Proyecto de artículo A1. Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento.....</i>	316	225

Capítulo	Párrafos	Página
IV. NORMAS DE PROCEDIMIENTO APLICABLES A LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLAN LEGALMENTE EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO...	317-417	225
A. Consideraciones de carácter general.....	317-325	225
B. Naturaleza del procedimiento.....	326-329	227
C. Garantías de procedimiento.....	330-402	228
1. Garantías procesales en el derecho internacional y en el derecho interno	331-393	228
<i>Proyecto de artículo B1. Obligación de conformidad con la ley</i>	340	230
2. Las garantías procesales en el marco del ordenamiento jurídico de la CE	394-402	239
<i>Proyecto de artículo C1. Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión</i>	402	242
D. Ejecución de la decisión de expulsión.....	403-417	242
1. Ejecución voluntaria.....	404	242
2. Ejecución forzada	405-406	242
3. Condiciones del retorno del expulsado.....	407-417	242
<i>Proyecto de artículo D1. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino</i>	416	245
V. RECURSO CONTRA LA DECISIÓN DE EXPULSIÓN	418-461	246
A. Fundamentos de derecho internacional y derecho interno	418-451	246
B. Efectos del recurso jurisdiccional sobre la decisión de expulsión.....	452-457	251
1. Plazo para la consideración del recurso.....	452	251
2. Carácter suspensivo del recurso	453-457	252
C. Vías de recurso contra una decisión judicial de expulsión	458-461	253
VI. RELACIONES ENTRE EL ESTADO AUTOR DE LA EXPULSIÓN Y LOS ESTADOS DE TRÁNSITO Y DESTINO	462-520	254
A. Libertad para acoger o no al extranjero expulsado.....	463-476	254
1. Principio general.....	463-466	254
2. Límite: el derecho de toda persona a regresar a su propio país.....	467-476	254
B. Determinación del Estado de destino	477-483	256
1. Libertad de que goza el expulsado para elegir un Estado de destino	477-478	256
2. Posibilidad de que el Estado autor de la expulsión sustituya al expulsado en la elección del Estado de destino.....	479-483	257
C. Estado susceptible de acoger al extranjero expulsado.....	484-514	258
1. Aparición y consagración de la noción de «país seguro».....	485-490	258
2. Estado de destino.....	491-514	259
D. Expulsión del extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo	515-518	264
<i>Proyecto de artículo E1. Estado de destino del extranjero expulsado</i>	518	265
E. Estado de tránsito.....	519-520	265
<i>Proyecto de artículo F1. Protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión en el Estado de tránsito</i>	520	265
TERCERA PARTE. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN	521-608	265
VII. DERECHOS DEL EXTRANJERO EXPULSADO	521-562	265
A. Protección del derecho de propiedad y otros intereses análogos del extranjero expulsado	521-552	265
1. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación	521-526	265
2. Protección de los bienes de los extranjeros, aun de los que hayan sido expulsados regularmente	527-534	267
3. Derechos de propiedad y otros intereses análogos	535-552	268
<i>Proyecto de artículo G1. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión</i>	552	271
B. Derecho a regresar en caso de expulsión ilegal.....	553-562	271
<i>Proyecto de artículo H1. Derecho a regresar al Estado que expulsa</i>	561	272
VIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO QUE EXPULSA POR UNA EXPULSIÓN ILEGAL	563-608	272
A. Afirmación del principio de la responsabilidad del Estado que expulsa.....	564-571	273
B. Derecho a la protección diplomática de la persona expulsada.....	572-577	274
C. Prueba de la expulsión ilegal.....	578-583	275
D. Reparación del daño sufrido como consecuencia de la expulsión ilegal.....	584	275
1. Fundamento de la reparación.....	587-589	276
2. Forma de reparación	590-608	276
<i>Proyecto de artículo I1. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita</i>	608	279
<i>Proyecto de artículo J1. Protección diplomática</i>	608	279

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	James Brown Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 100.
Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo a las Convenciones II y IV de La Haya de 1899 y 1907)	Ibíd. Véase también CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.
Tratado de Paz entre el Imperio británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, el Estado Serbio-Croata-Esloveno y Turquía (Tratado de Lausana) (Lausana, 24 de julio de 1923)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , ibíd., vol. XXVIII, n.º 701, pág. 11.
Convención relativa al establecimiento y la competencia judicial (Lausana, 24 de julio de 1923)	Ibíd., n.º 704, pág. 151.
Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Ibíd., vol. CXXXII, n.º 3045, pág. 302.
Protocolo especial sobre la apatridia (La Haya, 12 de abril de 1930)	ILM, vol. 13, 1974, pág. 1.
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n.º 102, pág. 295. Para su forma enmendada, véase <i>Convenio sobre Aviación Civil Internacional</i> , 9.ª ed., OACI, 2006, documento 7300/9.
Acuerdo de Potsdam (Berlín, 2 de agosto de 1945)	<i>British and Foreign State Papers, 1943-1945</i> , vol. 145, pág. 852.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 55, n.º 814, pág. 194.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (París, 20 de marzo de 1952)	Ibíd. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 11-1991, 12 de enero de 1991.
Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n.º 11 (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 263.
Protocolo n.º 7 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Ibíd., vol. 1525, pág. 195.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Convenio para el arreglo de cuestiones derivadas de la guerra y la ocupación (Bonn, 26 de mayo de 1952)	Ibíd., vol. 332, n.º 4762, pág. 219.
Convención sobre asilo territorial (Caracas, 28 de marzo de 1954)	Ibíd., vol. 1438, n.º 24378, pág. 127.
Protocolo entre los Gobiernos de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia que exime a los nacionales de esos países de la obligación de disponer de un pasaporte o un permiso de residencia para permanecer en un país nórdico distinto del suyo (Copenhague, 22 de mayo de 1954)	Ibíd., vol. 199, n.º 2675, pág. 29.

Fuente

Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, pág. 174.
Convenio europeo de establecimiento (con Protocolo) (París, 13 de diciembre de 1955)	Ibíd., vol. 529, n.º 7660, pág. 141.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, <i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> C 325, 29 de diciembre de 2006, pág. 33.
Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos (Copenhague, 12 de julio de 1957)	Ibíd., vol. 322, n.º 4660, pág. 245.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Acuerdo europeo por el que se reglamenta la circulación de personas entre los países miembros de Consejo de Europa (París, 13 de diciembre de 1957)	Consejo de Europa, <i>Recueil des Traités européens</i> , n.º 25.
Convenio entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo relativo a la transferencia del control de quienes atraviesan las fronteras externas del territorio del Benelux (Bruselas, 11 de abril de 1960)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 374, n.º 5323, pág. 3.
Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux (Bruselas, 19 de septiembre de 1960)	Ibíd., vol. 1963, n.º 5471, pág. 432.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.º 10106, pág. 242.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención americana sobre derechos humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	Consejo de Europa, <i>Recueil des Traités européens</i> , n.º 093.
Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (La Haya, 25 de octubre de 1980)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1343, n.º 22514, pág. 89.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen) (Schengen, 14 de junio de 1985)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> L 239, 22 de septiembre de 2000, pág. 13.
Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Dublín, 15 de junio de 1990)	Ibíd., C 254, 19 de agosto de 1997, pág. 1.
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2220, pág. 3.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	<i>Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos</i> , México, M. A. Porrúa, SECOFI, 1993.
Carta Árabe de Derechos Humanos (El Cairo, 15 de septiembre de 1994)	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i> , vol. 7, n.ºs 4-6 (1995), págs. 212 y ss. Para la versión revisada y actualizada (Túnez, 22 y 23 de mayo de 2004), véase <i>Boston University International Law Journal</i> , n.º 24, pág. 147.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> C 364, 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

Obras citadas en el presente informe

- AGRAWALA, S. K.
International Law. Indian Courts and Legislature, Nueva York, Oceana, 1965.
- ALEINIKOFF, T. Alexander
 «International Legal Norms and Migration. A Report», en T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 1 a 27.
- ANZILOTTI, Dionisio
 «La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», RGDIP, t. XIII (1906), págs. 5 a 29.
- ARNOLD, Rainer
 «Aliens», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, págs. 102 a 107.
- ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
 «Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion», *Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*, Londres, 1987.
- BA, Amadoubal
Le droit international de l'expulsion des étrangers: une étude comparative de la pratique des États africains et de celle des États occidentaux, 1995 (tesis).
- BAZIN, Anne
 «Les décrets beneš et l'intégration de la République Tchèque dans l'Union européenne», *Questions d'Europe*, n.º 59, 22 de septiembre de 2002.
- BERGER, Nathalie
La politique européenne d'asile et d'immigration – Enjeux et perspectives, Bruselas, Bruylant, 2000.
- BERNARD, Paul
La notion d'ordre public en droit administratif, París, LGDJ, 1962.
- BLONDEL, André
 «Expulsion», en A. de Lapradelle y J.-P. Niboyet (eds.), *Répertoire de droit international*, t. VIII, *Théorie générale de la condition de l'étranger*, París, Sirey, 1930, págs. 105 a 163.
- BORCHARD, Edwin M.
The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Nueva York, Banks Law Publishing, 1916.
- BROWNLIE, Ian
Principles of Public International Law, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CAHIER, Philippe y Luke T. LEE
 «Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations», *International Conciliation*, n.º 571 (enero de 1969), págs. 5 a 76.
- CANONICO, Tancredi
 «De l'expulsion des étrangers en Italie», *Journal du droit international privé*, t. 17 (1890), págs. 219 a 222.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique
 «Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative», *La Gazette du Palais*, 21 de octubre de 2003, n.º 294, pág. 12.
- CHENG, Bin
General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge, Grotius, 1987.
- CHETAİL, Vincent
 «Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», en Vincent Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2001, págs. 3 a 61.
- CHRISTAKIS, Théodore
 «L'État avant le droit? L'exception de 'sécurité nationale'», RGDIP, t. CXII (2008), págs. 6 a 47. Resumen en español, pág. 47.
- COLES, G. J. L.
 «The Problem of Mass Expulsion», documento de antecedentes preparado para el Grupo de Trabajo de Expertos sobre el problema de la expulsión en masa del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo (Italia) (16 a 18 de abril de 1983), Instituto Internacional de Derecho Humanitario, 1983.
- CORNU, Gérard (ed.)
Vocabulaire juridique, 8.ª ed. act., París, Quadrige/PUF, 2007.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent
 «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986», AFDI, vol. XXXIII (1987), págs. 239 a 280.
- COVE, Ruth L.
 «State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals», *Fordham International Law Journal*, vol. 11 (1987-1988), págs. 802 a 838.
- CROOK, John R.
 «Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience», AJIL, vol. 83 (1989), págs. 278 a 311.
- DARUT, Joseph-André
De l'expulsion des étrangers. Principe général – Applications en France, Aix, Niel, 1902.
- DE BOECK, Charles
 «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1927, t. 18, págs. 447 a 650.
- DECAUX, Emmanuel
 «Le droit international malgré tout...», *Accueillir*, n.º 252, diciembre de 2009, págs. 54 a 57.
- DECOCQ, André
 «La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition», *Revue critique de droit international privé*, 1964, págs. 412 a 440.
- DE FAY, Pauline
 «Police municipale», *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126-20, 16 de mayo de 2007.
- DE LAUBADERE, André, Yves GAUDEMET y Jean-Claude VENEZIA
Traité de droit administratif, 14.ª ed., París, LGDJ, 1996.
- DESPAGNET, Frantz y Charles DE BOECK
Cours de droit international public, 4.ª ed. rev., aum. y act., París, Sirey, 1910.
- DE VATEL, Emer
Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos, t. 1, París, Casa de Masson, 1824.
- DISTEL, Michel
 «Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense», *Recueil Dalloz Sirey* 1977, págs. 165 a 172.

- DOEHRING, Karl
«Aliens, expulsion and deportation», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, págs. 109 a 112, y vol. 8, págs. 14 a 16.
- DONNER, Ruth
The Regulation of Nationality in International Law, 2.ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, 1994.
- DUCROQUETZ, Anne-Lise
L'expulsion des étrangers en droit international et européen, Universidad de Lille 2, 2007 (tesis).
- FAUCHILLE, Paul
Traité de droit international public, t. 1, primera parte, *Paix*, París, Rousseau, 1922.
- FLAUSS, Jean-François
«L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue française de droit administratif*, n.º 8 (1992), pág. 1026.
- GAJA, Giorgio
«Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, Elcano, Aranzadi, 1999, págs. 283 a 314.
- GOODWIN-GILL, Guy S.
«The limits of the power of expulsion in public international law», *BYBIL* 1974-1975, págs. 55 a 156.
International Law and the Movement of Persons between States, Oxford, Clarendon Press, 1978.
The Refugee in International Law, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
«AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions», en Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres, Taylor & Francis, 1996, págs. 50 a 69.
- GOULÉ, P.
«L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février 1907», *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1908, t. 4, págs. 372 a 384.
- GRAHL-MADSEN, Atle
Commentary on the Refugee Convention 1951. Articles 2-11, 13-37, ACNUR 1997.
- GRARD, Loic (ed.)
L'Europe des transports, París, La documentation française, 2005.
- GUERRIVE, Jean-Louis
«'Double peine' et police des étrangers», *Recueil Dalloz*, marzo de 2002, págs. 829 a 832.
- HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law, Washington, United States Government Printing Office, 1942.
- HANEY, William
«Deportation and the Right to Counsel», *Harvard International Law Journal*, vol. 11, n.º 1 (primer trimestre de 1970), págs. 177 a 190.
- HANKS, Peter
«National Security—A Political Concept», *Monash University Law Review*, vol. 14, n.º 2 (junio de 1988), págs. 114 a 133.
- HANNUM, Hurst
The Right to Leave and Return in International Law and Practice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
- HAOUR-KNIPE, Mary y Richard RECTOR (eds.)
Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS, Londres, Taylor & Francis, 1996.
- HARREL-BOND, Barbara y Enoch OPONDO
«La rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1)», *Cultures et conflits*, n.º 23 (cuarto trimestre de 1996).
- HARRIS, D. J.
Cases and Materials on International Law, 4.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991.
- HAURIOU, André
La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, París, Recueil Sirey, 1929.
- HOFMANN, Rainer
«Denationalization and forced exile», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, págs. 1001 a 1007.
- HUBEAU, Francis
«L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, 1981, n.º 2-3, págs. 207 a 256.
- HYDE, Charles Cheney
International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, 2.ª ed. rev., Boston, Little Brown, 1947, vol. 1.
- ILUYOMADE, B. O.
«The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 16, n.º 1 (1975), págs. 47 a 92.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL
«Droit d'admission et d'expulsion des étrangers», *Annuaire*, 1891-1892, vol. XI, sesión de Hamburgo, Bruselas, Weissenbruch, 1892, págs. 273 a 321.
«Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», *Annuaire*, 1892-1894, vol. XII, sesión de Ginebra, París, Pedone, 1894.
«Nouveaux problèmes en matière d'extradition», *Annuaire*, 1983, vol. 60, t. II, sesión de Cambridge, París, Pedone, 1984.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace* (partes 2 a 4), 9.ª ed., Harlow, Longman, 1996.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, François
«La rétention des étrangers aux frontières françaises», *Cultures et Conflits* n.º 23 (cuarto trimestre de 1996).
«La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», en Vincent Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2001, págs. 257 a 286.
- KARYDIS, Georges
«L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, págs. 1 a 26.
- KELSEN, Hans
Principles of International Law, 2.ª ed., Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- KOERING-JOULIN, Renée
«Droit à la sûreté», *JurisClasseur Libertés*, fasc. 620, 20 de septiembre de 2007.
- LAMBERT, Hélène
La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2001, Dossiers sur les droits de l'homme n.º 8 (revisado).
- LARRALDE, Jean-Manuel
«La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture», *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, n.º 3, págs. 29 a 41.

- LHERNOUD, Jean-Philippe
«Les mesures nationales d'éloignement du territoire sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?», *La Semaine Juridique*, 9 de junio de 1999.
- LOCHAK, Danièle
«Les politiques de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers», en Didier Fassin, Alain Morice y Catherine Quiminal (eds.), *Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, París, La Découverte, 1997, págs. 29 a 45.
- LOMBOIS, Claude
Droit pénal international, 2.^a ed., París, Dalloz, 1979.
- LUBY, Monique
«Libre circulation des personnes et des services», *Journal du droit international*, abril-mayo-junio de 1997, n.º 2, págs. 535 a 577.
- MALANCZUK, Peter
Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7.^a ed. rev., Londres y Nueva York, Routledge, 1997.
- MARTIN, David A.
«The Authority and Responsibility of States», en T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45.
- MARTINI, Alexis
L'expulsion des étrangers. Étude de droit comparé, París, Sirey, 1909.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther
«L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène», *Crimiscope*, n.º 41, mayo de 2009.
- MOORE, John Bassett
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Washington D. C., Government Printing Office, 1898.
- NOWAK, Manfred
U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl, Engel, 1993.
- O'CONNELL, D. P.
International Law, 2.^a ed., Londres, Stevens, 1970.
- ODA, Shigeru
«The Individual in International Law», en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, MacMillan, 1968, págs. 469 a 530.
- OPPENHEIM, L. y H. LAUTERPACHT
International Law. A Treatise, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7.^a ed., Londres, Longmans, 1952, 3.^a reimp., 1960.
- PALMER, Stephanie
«AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 5 (2005), págs. 533 a 540.
- PERRUCHOUD, Richard
«L'expulsion en masse d'étrangers», *AFDI*, vol. XXXIV (1988), págs. 677 a 693.
- PICARD, Etienne
«L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», *Actualité juridique du droit administratif* 1996, número extraordinario, págs. 55 a 75.
- PIÉDELIÈVRE, R.
Précis de droit international public, París, Cotillon, 1894.
- PLENDER, Richard
«The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law», *The Review. International Commission of Jurists*, n.º 4 (diciembre de 1972), págs. 19 a 32.
International Migration Law, 2.^a ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine
«Ordre public et droit communautaire», *Recueil Dalloz Sirey* 1993, págs. 177 a 182.
- POLITIS, N.
«Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1925-I*, t. 6, París, Hachette, págs. 5 a 117.
- PREUSS, Lawrence
«International Law and Deprivation of Nationality», *Georgetown Law Journal*, vol. XXIII, 1934-1935, págs. 250 a 276.
- PUÉCHAVY, Michel
«Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», en Pierre Lambert y Christophe Pettiti (eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 75 a 95.
- RALSTON, Jackson H.
The Law and Procedure of International Tribunals, Stanford University Press, 1926.
- RICHARD, Philippe
La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Lausana, Pont fres, 1971.
- ROBINSON, Nehemiah
Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation, Institute of Jewish Affairs, 1953.
- ROLIN, Xavier
«La double peine, une punition de la nationalité», *Revue du droit des étrangers* (Bruselas), n.º 118, (abril-mayo-junio de 2002), págs. 205 a 216.
- ROUGET, Didier
«Le respect du droit extraterritorial et les 'extraditions déguisées», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 10 (1999), n.º 37, págs. 169 a 197.
- SALMON, Jean (ed.)
Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.
- SAROLEA, Sylvie
«Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 10 (1999), n.º 37, págs. 119 a 145.
- SCHMIDT, Samuel
«Détenions et déportation à la frontière entre le Mexique et les États-Unis (partie 2)», *Cultures et Conflits* n.º 23 (cuarto trimestre de 1996).
- SCHWARZENBERGER, Georg
«The Fundamental Principles of International Law», en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1955-I*, t. 87, págs. 195 a 383.
International Law and Order, Londres, Stevens & Sons, 1971.
- SHARMA, Vishnu D. y F. WOOLDRIDGE
«Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23 (1974), págs. 397 a 425.

SHEARER, I. A.

Extradition in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1971.

SOHN, Louis B. y R. R. BAXTER

«Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *AJIL*, vol. 55 (1961), págs. 545 a 584.

SOHN, Louis B. y Thomas BUERGENTHAL (eds.)

The Movement of Persons Across Borders, Washington, D. C., American Society of International Law, octubre de 1992 (Studies in Transnational Legal Policy, n.º 23).

SUDRE, Frédéric

«Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», en Dominique Turpin (ed.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, París, Economica, 1989, págs. 253 a 265.

TCHEN, Vincent

«Police administrative. Théorie générale», *JurisClasseur Administratif* (04, 2007), Fasc. 200, 6 de junio de 2007.

TRUCHET, Didier

«L'autorité de police est-elle libre d'agir?», *Actualité juridique du droit administratif*, edición especial, 1991, págs. 81 y 82.

VAN KRIEKEN, Peter

«Health and Migration: The Human Rights and Legal Context», en T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 289 a 302.

VENEZIA, Jean-Claude

Le pouvoir discrétionnaire, París, LGDJ, 1959.

VON BAR, L.

«L'expulsion des étrangers», *Journal du droit international privé*, t. XIII (1886), págs. 5 a 16.

WEBER, Frank Paul

«Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne», *Cultures et Conflits* n.º 23 (cuarto trimestre de 1996).

WILLIAMS, John Fischer

«Denationalization», *BYBIL* 1927, págs. 45 a 61.

Introducción¹

1. En su quinto informe sobre la expulsión de extranjeros², el Relator Especial siguió examinando las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión como límites del derecho a expulsar del Estado. El enfoque adoptado por el Relator Especial al respecto provocó malentendidos en la Comisión, que fueron disipados en el documento Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del período de sesiones de 2009³, donde se trató de dar respuesta a diversas preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión durante los debates en sesión plenaria y se reordenaron los proyectos de artículos 8 a 15, a los que se añadió un nuevo proyecto de artículo relativo a la aplicación de esos proyectos de artículos al Estado de tránsito. Los proyectos de artículos así modificados debían, en opinión del Relator Especial, ser enviados al Comité de Redacción de conformidad con la decisión de la mayoría de los miembros de la Comisión.

2. Durante el examen por la Sexta Comisión de la Asamblea General del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61.º período

de sesiones (2009)⁴, algunas delegaciones reconocieron que el tema de la expulsión de los extranjeros era complejo y expresaron reservas sobre la conveniencia de codificarlo. También se destacó la dificultad de establecer normas generales en la materia. Si bien algunas delegaciones insistieron en la necesidad de que la labor de la CDI se basara en las prácticas en vigor en los Estados, otras estimaron que determinados proyectos de artículos propuestos eran muy generales o no estaban justificados por una práctica suficiente en el ámbito del derecho consuetudinario.

3. Aunque se expresó el deseo de que la Comisión siguiera avanzando en el tema durante su 62.º período de sesiones, en 2010, también se sugirió que deliberase sobre el enfoque que debía adoptarse en el examen del tema, incluida la estructura de los proyectos de artículos que se estaban elaborando, así como el posible resultado de la labor de la Comisión.

4. Algunas delegaciones deseaban que se delimitara claramente el tema, habida cuenta, en particular, de las diversas situaciones y medidas que se debían tratar. Se sostuvo que cuestiones como la denegación de admisión, la extradición, otros traslados por motivos de seguridad y las expulsiones en situaciones de conflicto armado debían quedar excluidas del alcance del proyecto de artículos. También se hizo hincapié en la distinción entre el derecho de un Estado a expulsar extranjeros y la ejecución de una decisión de expulsión mediante la deportación. Asimismo, se subrayó la necesidad de distinguir entre los supuestos de extranjeros en situación regular y en situación irregular.

¹ El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a la Sra. Brusil Miranda Metou, profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Yaundé II, por su ayuda en la recopilación de la documentación necesaria para redactar el presente informe, así como a la secretaria de la Comisión, autora del Memorando que figura en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/565, que le ha sido de gran utilidad en lo relativo, en particular, al estudio de las legislaciones nacionales. No obstante, el Relator Especial es responsable único del contenido del presente informe.

² *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611.

³ *Ibíd.*, documento A/CN.4/617.

⁴ Véase Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo cuarto período de sesiones (A/CN.4/620), párrs. 27 a 39.

5. En relación con la no expulsión de nacionales, se sostuvo que debían prohibirse esas expulsiones. También se señaló que tal prohibición se aplicaba asimismo a quienes hubieran adquirido una o más nacionalidades distintas.
6. Por lo que respecta a la protección de los derechos de las personas expulsadas, las delegaciones valoraron positivamente la importancia asignada por la Comisión a la protección de los derechos humanos al examinar el tema. Algunas delegaciones subrayaron la necesidad de conciliar el derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros con los derechos de las personas expulsadas, teniendo en cuenta también la situación en el Estado de destino. Aunque se dio preferencia a la adopción de un enfoque detallado que no se limitara únicamente a una lista de derechos específicos, también se sostuvo que el análisis de la Comisión debía limitarse a aquellos derechos que fueran específicamente pertinentes en caso de expulsión, incluido el papel de las garantías ofrecidas por el Estado de destino en cuanto al respeto de esos derechos.
7. Otras delegaciones expresaron su preocupación acerca de la elaboración de una lista de los derechos humanos que debían respetarse en caso de expulsión, habida cuenta, en particular, del deber de respetar todos los derechos humanos y de la imposibilidad de enumerarlos todos en el proyecto de artículos. Muchas delegaciones se mostraron partidarias de introducir una disposición que estableciera la obligación general del Estado autor de la expulsión de respetar los derechos humanos de las personas expulsadas. Por otro lado, varias delegaciones se mostraron contrarias a establecer diferencias, a efectos de la expulsión, entre distintas categorías de derechos humanos, en particular mediante la calificación de algunos de esos derechos de «fundamentales» o «inviolables».
8. Se sugirió asimismo que la Comisión se basara en principios asentados que figuraran en instrumentos ampliamente ratificados, en lugar de en conceptos o soluciones derivados de la jurisprudencia regional.
9. Algunas delegaciones mencionaron algunos derechos humanos específicamente garantizados que debían reconocerse a las personas expulsadas, como el derecho a la vida, la prohibición de expulsar a personas a un Estado donde exista el riesgo de que sean objeto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la vida familiar. También se hizo hincapié en los derechos de propiedad de los extranjeros expulsados, en particular respecto de la confiscación de sus bienes, así como el derecho de indemnización en caso de expulsión irregular. Por otra parte, algunas delegaciones hicieron referencia a la necesidad de examinar los derechos procesales de las personas afectadas por la expulsión, como el derecho a impugnar la legalidad de la expulsión o el derecho a la asistencia letrada.
10. Se expresaron diversas opiniones sobre el respeto del derecho a la vida y la obligación de que el Estado, antes de expulsar a una persona, obtuviera garantías suficientes de que no se le impondría la pena de muerte en el Estado de destino. También se sostuvo que no debía hacerse recaer en los Estados la responsabilidad de anticipar el comportamiento de un tercero que no podían prever ni controlar.
11. Aunque se opinó que la dignidad humana era el fundamento de los derechos humanos en general y se sugirió que se explicara más detalladamente ese concepto, algunas delegaciones estimaron que el significado y los efectos jurídicos del derecho a la dignidad no estaban claros.
12. Varias delegaciones sostuvieron que era necesario incluir una disposición sobre la protección de las personas vulnerables, como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las mujeres embarazadas. También se sugirió que se reafirmara el principio del interés superior del niño en el contexto de la expulsión.
13. Se observó que no estaba claro el trato que debía darse al principio de no discriminación en el marco de la expulsión. Se señaló que el principio de no discriminación se aplicaba únicamente en el marco del procedimiento de expulsión y debía entenderse sin perjuicio de la facultad discrecional de los Estados de controlar la admisión a sus respectivos territorios y de establecer los motivos de expulsión de los extranjeros en su normativa sobre inmigración. Varias delegaciones también expresaron dudas sobre la existencia, en el marco de la expulsión, de una prohibición absoluta de discriminación por motivos de nacionalidad.
14. En relación con los motivos de expulsión, algunas delegaciones sostuvieron que todo Estado soberano tenía derecho a expulsar a los extranjeros si éstos habían cometido crímenes o delitos, si sus actos habían vulnerado las leyes de inmigración del país o si constituían una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si la expulsión era necesaria para proteger la vida, la salud, los derechos o los intereses legítimos de los nacionales de ese Estado. También se indicó que la expulsión debía tener una causa legítima y cumplir el criterio de proporcionalidad entre los intereses del Estado autor de la expulsión y los de las personas expulsadas.
15. Cabe señalar que la complejidad de un tema no puede considerarse motivo suficiente para renunciar a su codificación. Al contrario, el Relator Especial estima que la razón de ser de la Comisión es, entre otras cosas, intentar aportar claridad en temas que parecen oscuros y respecto de los cuales no existe aún ningún conjunto de normas estructuradas y establecidas por medio de convenciones en el ordenamiento jurídico internacional.
16. Por lo que respecta a las demás observaciones y preocupaciones expresadas por los miembros de la Sexta Comisión, algunas de ellas tienen respuesta en el antes citado documento —Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del período de sesiones de 2009—, y otras la tendrán en el presente informe. En efecto, en el Nuevo proyecto de plan de trabajo⁵, que contenía, en particular, una reordenación de los proyectos de artículos, el Relator Especial presentó a la Comisión una visión de conjunto del tratamiento del tema de la expulsión de los extranjeros y destacó la labor que, en su opinión, quedaba por hacer. El presente informe se ajusta a dicho plan y lo desarrolla en aquellos aspectos que requieren más precisiones. Por ejemplo, completa la primera parte del plan, dedicada a las «Reglas generales»,

⁵ Anuario... 2009, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/618.

desarrollando aspectos de la protección de los derechos de la persona expulsada o en vías de expulsión que no se pudieron abordar en los informes anteriores. Así pues, en el presente informe se ofrece primero un complemento

de las «Reglas generales», se examina luego la segunda parte, relativa a los «Regímenes de expulsión», y se aborda por último la tercera parte, dedicada a las «Consecuencias jurídicas de la expulsión».

PRIMERA PARTE

Complemento de la primera parte del plan de estudio reestructurado (Reglas generales)

17. Los elementos complementarios mencionados se refieren, por una parte, a las prácticas de expulsión

prohibidas y, por otra, a la protección de los derechos de la persona expulsada o en vías de expulsión.

CAPÍTULO I

Prácticas de expulsión prohibidas

18. En este capítulo ya se examinó la cuestión de la expulsión colectiva. Se volverá a tratar brevemente este tema para disipar ciertas preocupaciones expresadas por algunos miembros de la Comisión. Luego se examinarán otras dos prácticas prohibidas, a saber, la expulsión encubierta y la extradición encubierta como expulsión, y, por último, los motivos de expulsión.

A. Expulsión colectiva

19. Esta cuestión ya se trató en el tercer informe sobre la expulsión de extranjeros⁶. El proyecto de artículo 7 en la materia fue enviado al Comité de Redacción, que llevó a cabo la labor de redacción necesaria y lo aprobó en el transcurso de su última sesión. Cabe añadir, únicamente como información complementaria, que el problema de las expulsiones colectivas o en masa fue debatido por la Asociación de Derecho Internacional en su 62.ª Conferencia celebrada en Seúl en agosto de 1986, en la que se aprobó una declaración de principios de derecho internacional sobre este tema⁷. En esa declaración, que contiene 20 principios, solamente los principios 17 y 18 se refieren a la expulsión en masa de extranjeros. No se excluye, en principio, la expulsión en masa de extranjeros, sino que se declara simplemente que no debe aplicarse de manera arbitraria ni discriminatoria ni servir de pretexto para cometer genocidio, confiscar bienes o tomar represalias; además, la facultad de expulsión debe ejercerse de conformidad con los principios de buena fe, proporcionalidad y justicia, con observancia de los derechos fundamentales de las personas de que se trate.

20. Con este breve recordatorio sobre la cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros se pretende simplemente disipar las inquietudes de algunos miembros de la Comisión respecto del párrafo 3 del proyecto de artículo 7, relativo a la posibilidad de expulsar, en caso de conflicto armado, a un grupo de personas que actúe como tal grupo y realice actividades armadas que pongan en peligro la seguridad del Estado de residencia inmerso en un conflicto con el Estado de su nacionalidad. En su versión original,

ese párrafo 3 establecía que «[n]o podrán adoptarse medidas de expulsión colectiva contra los extranjeros nacionales de un Estado inmerso en un conflicto armado, salvo que se muestren hostiles, como grupo, hacia el Estado de acogida»⁸. Los debates celebrados en el pleno sobre este párrafo continuaron en el Comité de Redacción, que introdujo las modificaciones que consideró necesarias⁹. En efecto, algunos miembros de la Comisión quisieron que se asegurara que esa disposición no era contraria al derecho internacional humanitario.

21. Para responder a esta preocupación, se pueden examinar varias disposiciones del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV). Algunos de los autores que han analizado la cuestión de la expulsión colectiva o en masa de extranjeros en época de conflicto armado lo han hecho sobre todo desde el punto de vista de las deportaciones, traslados y evacuaciones¹⁰, haciendo hincapié en el artículo 49 del Convenio IV de Ginebra, en cuyo párrafo primero se dispone que «[l]os traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo». Otro autor estima, por el contrario, que más bien deben tenerse en cuenta los artículos 35 a 46 de ese Convenio, disposiciones que, en su opinión, se refieren al trato que debe dispensarse a los extranjeros en el territorio de un Estado beligerante, así como los artículos 27 a 34, que son disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados¹¹.

22. Es cierto que, a excepción de los supuestos de salida voluntaria previstos en el artículo 35 y en las condiciones establecidas en el artículo 36 del Convenio IV de Ginebra, existe el riesgo de que los extranjeros no repatriados

⁶ *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 115, documento A/CN.4/581.

⁷ Véase Asociación de Derecho Internacional, «Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion».

⁸ *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 140, documento A/CN.4/581.

⁹ La versión aprobada finalmente por el Comité de Redacción será presentada en su momento al pleno por el presidente de dicho Comité.

¹⁰ Véase, en particular, Oppenheim y Lauterpacht, *International Law. A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, págs. 441 y 442; Coles, «The Problem of Mass Expulsion», págs. 78 a 80; y Oda, «The Individual in International Law», pág. 482.

¹¹ Véase Perruchoud, «L'expulsion en masse d'étrangers», pág. 687.

sean objeto posteriormente de una medida de expulsión colectiva o en masa. A este respecto, cabría argumentar, por un lado, que el artículo 38, relativo a las personas no repatriadas, establece que «la situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz» y, por otro, que el artículo 45, relativo a la transferencia a otra Potencia, regula todo traslado individual o colectivo de las personas protegidas realizado por la Potencia detenedora.

23. Una lectura conjunta de los artículos 45 y 4 del Convenio IV de Ginebra podría inducir a pensar que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, antes citado, sería contrario al derecho humanitario. En realidad no es así.

24. En efecto, según el artículo 45, «[e]n ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas». En el artículo 4 del Convenio se define a las personas protegidas como «las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas». El párrafo 3 en cuestión no está comprendido en el supuesto contemplado en los artículos 45 y 4 del Convenio IV de Ginebra. En primer lugar, el artículo 4 no parece referirse claramente al caso de un grupo de extranjeros que resida habitualmente en el territorio de un Estado que participe en un conflicto armado con el Estado de su nacionalidad. Y aun suponiendo que una interpretación extensiva de los términos «personas [...] en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas» permita incluir los grupos de extranjeros en cuestión, cabe señalar que dicho grupo de extranjeros no entraría en la definición de «personas protegidas» en el sentido del Convenio, en la medida en que pueden asimilarse a «combatientes» debido a sus actividades armadas hostiles, que ponen en peligro la seguridad del Estado autor de la expulsión, que es, en este caso, el Estado de residencia de las personas en cuestión. Cabe recordar que, con arreglo al derecho internacional humanitario, se entiende por combatientes a «los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio)» (artículo 43, párr. 2, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)). Por otra parte, dado que el grupo de extranjeros en cuestión realiza sus actividades armadas hostiles en interés del Estado de la nacionalidad de sus miembros, inmerso en un conflicto armado con el Estado de residencia, los miembros del grupo expulsados o en vías de expulsión no pueden «temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas». El mero hecho de combatir por su país los pone a salvo de ese peligro.

25. Como ha señalado acertadamente un autor,

En 1949, sobre la base de las experiencias registradas durante la guerra, lo importante no era tanto proteger a los civiles enemigos de una expulsión en masa, sino protegerlos del internamiento o los trabajos forzados, medidas que podían convertir a esas personas en rehenes virtuales. Por este motivo, el artículo 35 atribuye a toda persona protegida el derecho a salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto¹².

¹² *Ibid.*, pág. 687.

Por tanto, no es sorprendente que ni el artículo 45 ni las demás disposiciones analizadas mencionen la expulsión, ya sea individual o colectiva. De las consideraciones expuestas se ha extraído la siguiente conclusión, que confirma la postura expresada por el Relator Especial en los debates sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 que figura en su tercer informe:

Así pues, en el derecho de los conflictos armados no existe ninguna disposición específica sobre la expulsión en masa. Esta afirmación es válida tanto para los conflictos armados internacionales como para los que no lo son, de modo que hay que remitirse a la normativa general aplicable en tiempo de paz¹³.

26. Ahora bien, las épocas de paz y las de guerra no son iguales, y algunos actos que pueden ser ordinarios en tiempo de paz cobran un significado y un alcance particulares en tiempo de guerra. Ante circunstancias excepcionales, medidas excepcionales. Así es como hay que considerar la cuestión de la expulsión colectiva en tiempo de guerra, teniendo presente que tal expulsión solo puede producirse en las circunstancias y condiciones expuestas en el tercer informe, a la luz de los elementos de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia mencionados en dicho informe.

27. También es interesante recordar que el Instituto de Derecho Internacional había contemplado claramente los casos de expulsión colectiva en su resolución relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros, aprobada el 9 de septiembre de 1892 en su sesión de Ginebra. Bajo la denominación de «expulsión extraordinaria» se distinguía entre la «*expulsión extraordinaria (o en masa) definitiva*» (art. 23) y la «*expulsión extraordinaria (o en masa) temporal*», que se aplicaba a categorías de personas «en razón de una guerra o de disturbios graves acaecidos en el territorio; sólo surte efecto mientras dure la guerra o durante un plazo determinado» (art. 24)¹⁴.

28. En virtud de todo lo anterior, el Relator Especial no cree que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 contradiga el derecho internacional humanitario. Al contrario, se ajusta a la práctica antigua y reciente de los Estados, como se mostró en el tercer informe sobre expulsión de extranjeros.

B. Expulsión encubierta

29. La expresión «expulsión encubierta» se emplea a menudo en los escritos de diversas organizaciones de defensa de los derechos de los extranjeros o de los miembros de ciertos grupos profesionales, como los periodistas. Así, por mencionar únicamente algunos ejemplos recientes, se ha hablado de la «expulsión encubierta» del enviado especial de la cadena de televisión australiana ABC y de un equipo de la cadena de televisión neozelandesa TV3, obligados a abandonar Fiji el 14 de abril de 2009 por la junta militar que había tomado el poder en Suva tras un golpe de Estado en diciembre de 2006. Las fuerzas de seguridad de Fiji no detuvieron formalmente a los tres periodistas, pero los escoltaron hasta el aeropuerto de la capital y no les dejaron más opción que abandonar el

¹³ *Ibid.*, págs. 687 y 688.

¹⁴ Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» (relatores: L.-J.-D. Féraud-Giraud y Ludwig von Bar).

país¹⁵. Se trata, en realidad, de una expulsión ocasionada por el comportamiento de las autoridades de un Estado, pero sin que exista un acto formal de expulsión¹⁶; en consecuencia, únicamente puede considerarse «encubierta» si se acepta que sólo puede haber expulsión en virtud de un acto formal. Asimismo, se ha denunciado que la negativa a renovar los visados de nacionales franceses que residían en Madagascar, en particular el corresponsal de Radio France Internationale y de Deutsche Welle en ese país, constituía una «expulsión encubierta», argumentando que las autoridades malgaches no habían motivado su decisión de denegación y que esa motivación era necesaria, al menos en el caso de los periodistas¹⁷. Ahora bien, la legislación malgache, al igual que la de la mayoría de los demás países, no establece tal obligación; pero no sólo eso: desde el punto de vista del derecho internacional, tanto la concesión de visados como su renovación son prerrogativas soberanas de cada Estado.

30. El concepto de expulsión encubierta plantea varios interrogantes. En primer lugar, ¿qué influencia tiene la intención en la legalidad o ilegalidad de dicha expulsión, habida cuenta, en particular, de la exigencia de motivación del acto de expulsión? En segundo lugar, ¿en qué medida es libre el Estado de elegir el procedimiento que se debe seguir para obligar a un extranjero a abandonar su territorio, teniendo presente que debe darse al extranjero en vías de expulsión la posibilidad de exponer sus argumentos y defender sus derechos?

31. No siempre es fácil distinguir los casos de expulsión encubierta o indirecta de la expulsión contraria a las normas de procedimiento. Cabe señalar, no obstante, que esta última no sólo abarca los casos de expulsión ocasionada por un comportamiento del Estado, sino también la expulsión basada en un acto adoptado por una autoridad que no es competente o ejecutada sin respetar los distintos plazos previstos en la legislación nacional, mientras que la expulsión encubierta, que podría corresponder a lo que en inglés se ha denominado «*constructive expulsion*»¹⁸ [expulsión implícita], se refiere exclusivamente a los casos en que, al ser una expulsión simulada o disfrazada, no es objeto de una medida formal. La práctica proporciona más ejemplos que los antes mencionados: la «expulsión encubierta» debido a la confiscación o anulación no motivada del permiso de residencia válido de un extranjero; la «expulsión encubierta» mediante «incentivos» para un retorno «supuestamente voluntario» pero que en realidad no dejan ninguna opción al extranjero; o la «expulsión encubierta» que resulta del comportamiento hostil del Estado respecto del extranjero.

32. Como ejemplo de expulsión encubierta debido a la confiscación o anulación no motivada del permiso de residencia válido de un extranjero cabe mencionar el caso

¹⁵ Véase «Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers: Fidji devient une dictature militaire», 16 de abril de 2009, Jesusparis.

¹⁶ En su segundo informe, el Relator Especial mostró que la expulsión podía producirse mediante el «comportamiento» de las autoridades de un Estado, sin la adopción de un acto formal (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), pág. 268, documento A/CN.4/573, párr. 189).

¹⁷ Véase *Courrier international*, 24 de mayo de 2005, donde se citan, en particular, los periódicos malgaches *La Gazette de la Grande Île*, *L'Express* y *Midi Madagasikara*.

¹⁸ Véase el Memorando de la Secretaría, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/565, párrs. 68 a 73.

de Sylvain Ufer, cura jesuita que vivió durante 33 años en Madagascar. En 2007 se le notificó la anulación de su visado de residencia permanente, por lo que se vio obligado a abandonar el país. El Ministro del Interior malgache revocó esa decisión de expulsión encubierta dos años más tarde y permitió que el interesado regresara a Madagascar¹⁹. También forman parte de este tipo de expulsión encubierta los casos, frecuentes en África en los últimos años, de personas que son detenidas a pesar de tener permisos de residencia válidos o cuyos permisos son destruidos o confiscados y, por tanto, se ven abocados a una situación en que no tienen más opción que abandonar el territorio. Se han denunciado casos de este tipo en Sudáfrica²⁰, y son recurrentes en Guinea Ecuatorial²¹.

33. Por lo que respecta a la negativa a readmitir a un extranjero en situación regular en un país después de una estancia en el extranjero, se trata del supuesto en que se deniega la entrada en un Estado a un extranjero que reside legalmente en él tras una estancia fuera del territorio de ese Estado. En esos casos el Estado autor de la expulsión toma como pretexto para la expulsión la salida del extranjero del país.

34. Por lo que se refiere a los «incentivos» para el regreso que no dejan opción al extranjero, se trata de medidas que forman parte de las nuevas políticas de lucha contra la inmigración y reducción del número de extranjeros acogidos puestas en marcha por algunos Estados, especialmente en Europa. Es el caso, por ejemplo, de los planes de retorno denominados «voluntarios», en particular en España y Francia. Estos programas de salida o de retorno «voluntario» imponen, en la práctica, retornos obligatorios. Como señaló Goodwin-Gill, «[e]n la práctica, puede haber muy poca diferencia entre la expulsión forzosa en circunstancias brutales y la ‘partida voluntaria’ promovida por leyes que declaran ilegal la residencia continua y alentada mediante amenazas sobre las consecuencias que tendría permanecer en el país»²². Este autor señala asimismo que «las autoridades del Estado también pueden inducir a la expulsión recurriendo a distintas formas de amenaza o coerción. [...] En *Orantes-Hernández v. Meese* [685, F. Supp. 1488 (C. D. Cor. 1988)], el tribunal determinó que un gran número de salvadoreños que solicitaban asilo estaban firmando formularios de ‘partida voluntaria’ bajo coerción, por ejemplo, amenazas de detención, deportación, reubicación en zonas remotas y comunicación de datos personales a su Gobierno»²³.

¹⁹ Véase www.madagascar-tribune.com, 11 de mayo de 2007.

²⁰ En este país han denunciado casos de ese tipo, entre otros, el periódico *The Sunday Independent* de 9 de abril de 2000, citado por Afrik.com, el 15 de noviembre de 2005. Según Sarah Motha, responsable de Amnistía Internacional, «[l]os agentes de policía detienen a todos los inmigrantes de manera indiscriminada, sin prestar atención a su condición de solicitante de asilo. Se nos ha informado de varios casos en que los agentes fingían no haber visto el documento que demostraba que había una solicitud de asilo en curso». También se habla de «personas detenidas cuyo permiso de residencia no ha caducado y de documentos destruidos o confiscados».

²¹ Véase, entre otros, *Quotidienmutations.info*, 13 de octubre de 2009, pág. 5, según el cual «los permisos de residencia de los extranjeros, adquiridos por aproximadamente 600.000 francos CFA, fueron simplemente confiscados por las fuerzas del orden de Guinea Ecuatorial. En este caso, y según los testimonios de esos extranjeros llegados a Douala, dichos documentos a menudo son destruidos por algunos agentes deshonestos».

²² Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 128.

²³ Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, pág. 155, esp. nota 172.

35. En España, el Gobierno ha puesto en marcha, en el marco de las medidas de lucha contra el continuo aumento del desempleo a raíz de la crisis económica, un programa denominado «plan de retorno voluntario» dirigido a los nacionales de los 20 países con los que España ha firmado acuerdos en materia de seguridad social. Este programa, aprobado el 19 de septiembre de 2008, «alienta» a los inmigrantes en situación regular, pero desempleados, a regresar a sus países de origen. A cambio, el Gobierno español se compromete a abonarles todas las prestaciones a que tienen derecho en dos plazos: el 40% antes de su partida y el 60% un mes después de su regreso a su país de origen. Los interesados deben abandonar el territorio español en los días siguientes al primer pago de la prestación, junto con los miembros de su familia que hayan venido al país al amparo de una autorización de reagrupación familiar, y deben comprometerse a no regresar a España durante los tres años siguientes a su retorno a su país de origen²⁴. Ahora bien, dado que las personas a las que se dirige el programa se encuentran en situación regular en España, tienen derecho a residir legalmente en el país, a trabajar o a recibir prestaciones de desempleo. Por supuesto, el Gobierno hace hincapié en el carácter «voluntario» de la decisión de retorno. Pero se trata, obviamente, de un hábil maquillaje jurídico para medidas de expulsión encubierta. En efecto, el mero hecho de alentar a migrantes en situación regular a regresar a sus países de origen a cambio de prestaciones que les corresponden, ¿no constituye acaso un menoscabo de un derecho de estancia que les garantizan sus permisos de residencia? ¿Puede considerarse que en este caso las personas afectadas tienen la capacidad de decidir libremente, atrapadas entre la presión del desempleo y la perspectiva de recibir prestaciones (que podrían percibir en forma de prestaciones de desempleo si permanecieran en España) sobre si regresar o no a sus países de origen?

36. En Francia, la «ayuda para el retorno» establecida en su día por la Ley Stoléru²⁵ (nombre del Ministro del Interior autor de la iniciativa), derogada tras la llegada al poder de los socialistas en 1981, ha reaparecido bajo la denominación de «retorno humanitario». En efecto, dado que el «control de las corrientes migratorias» ha pasado a ser el objetivo primordial de las políticas de inmigración, el Gobierno francés ha concebido la solución de los «retornos humanitarios forzados», en particular ante la «dificultad», reconocida por su Ministro encargado de la inmigración nacional, de «expulsar a los rumanos y los búlgaros», cuyos países ya son miembros de la UE. Estas medidas de ayuda para el «retorno humanitario», establecidas mediante una circular de diciembre de 2006, han sido utilizadas en varias ocasiones para camuflar operaciones de expulsión de estos nuevos ciudadanos europeos. El Grupo de información y apoyo de los inmigrantes (Gisti), una asociación de defensa de los derechos de los trabajadores extranjeros, señala, por ejemplo, que en Bondi, el 26 de septiembre de 2007, en Saint-Denis, el 10 de octubre, en Bagnolet, el 24 de octubre, y en otras ciudades, la policía ocupó de madrugada terrenos habitados por romaníes (nacionales búlgaros o rumanos, según los casos), embarcó a las personas que se encontraban allí en autobuses fletados a tal fin y

les dio a elegir entre «la cárcel» o la salida inmediata hacia sus países de origen «con la ayuda para el retorno». Según el Gisti, no se autorizó a nadie a recuperar sus pertenencias «ni a presentar los documentos que habrían podido demostrar que cumplían todos los requisitos para tener derecho a establecerse permanentemente en Francia. Se confiscaron los pasaportes de las personas que los llevaban encima»²⁶. Este caso es más llamativo si cabe porque las víctimas de esos retornos forzados son ciudadanos europeos que, como tales, gozan del derecho de libre circulación y de residencia dentro de la UE.

37. En el segundo informe del Relator Especial se indica que la expulsión no requiere necesariamente la adopción de una medida formal, sino que puede resultar también del comportamiento de un Estado que hace que la vida en su territorio sea tan difícil para el extranjero que a éste no le queda más opción que abandonar el país²⁷. Cabe recordar a este respecto la decisión adoptada por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, que examinó varios casos sobre esta forma de expulsión aparentemente encubierta. El Tribunal resumió las características de esta «*constructive expulsion*» [expulsión implícita] de la siguiente manera:

Estos casos harían presuponer por lo menos que las circunstancias en el país de residencia son tales que no puede considerarse razonablemente que el extranjero tiene verdadera libertad de elección, y que detrás de los hechos o actos que llevan a la partida existe una intención de expulsar al extranjero y que, además, esos actos son atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad de los Estados²⁸.

38. En el caso *Erythrée c. Ethiopie*, la Comisión de Reclamaciones también tuvo que examinar la cuestión de la expulsión encubierta, pero no consideró que en ese caso concreto existiera tal expulsión. En efecto, Etiopía sostenía que Eritrea era responsable de expulsiones «indirectas» o «*constructives*» de etíopes, que vulneraban el derecho internacional. La Comisión de Reclamaciones desestimó esta pretensión porque los etíopes afectados no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea o como consecuencia de la política de dicho Gobierno, sino por motivos económicos o por disturbios ocasionados por la guerra de los que Eritrea no era responsable. Según la Comisión de Reclamaciones, había habido distinto grado de voluntariedad en las partidas de etíopes de Eritrea en 1999 y a principios de 2000. Es cierto que las pruebas sugerían que el viaje de regreso a Etiopía o a otros destinos

²⁶ Comunicado del Gisti, «Les retours humanitaires forcés: un nouveau concept!», octubre de 2007. A su llegada a sus respectivos países de origen, se entregaron cheques por importe de 153 euros a los adultos y de 46 euros a los niños.

²⁷ Véase la nota 16 *supra*.

²⁸ Harris, *Cases and Materials on International Law*, pág. 502 (en referencia a las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán relativas a la «*constructive expulsion*»). Véase también Gaja, «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», pág. 290, que cita las siguientes decisiones del Tribunal: *Short v. Iran*, laudo de 14 de julio de 1987, 16 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-III)*, págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation v. Iran*, laudo de 19 de agosto de 1985, 9 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1985-II)*, pág. 18; y *Rankin v. Iran*, laudo de 3 de noviembre de 1987, 17 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-IV)*, págs. 147 y 148; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, pág. 262; Crook, «Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience», págs. 308 y 309; y Cove, «State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals».

²⁴ Véase el diario *El País* (Madrid), 19 de septiembre de 2008.

²⁵ Para un panorama de la legislación francesa en materia de inmigración, véase Lochak, «Les politiques de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers», y «La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers (2)».

podía ser difícil, en particular para quienes debían cruzar el desierto. «Sin embargo, las pruebas no demuestran que ello haya sido consecuencia de acciones u omisiones de Eritrea de las que sea responsable. Por lo tanto, se desestiman las reclamaciones de Etiopía al respecto»²⁹.

39. De lo anterior cabe deducir, mediante un razonamiento a contrario, que la Comisión de Reclamaciones habría admitido la tesis de la expulsión «indirecta» o «*constructive*» si la salida de los etíopes de Eritrea hacia su país de origen hubiera sido consecuencia de acciones u omisiones de Eritrea. Tal comportamiento habría constituido una expulsión encubierta y habría sido contrario al derecho internacional.

40. En este mismo sentido, la definición del término expulsión que figura en la ya mencionada Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa, aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en su 62.ª Conferencia en Seúl, también abarca las situaciones en que la salida obligatoria o forzosa de personas se realiza por medios distintos de una decisión formal o una orden de las autoridades de un Estado. Esta definición incluye las situaciones en que un Estado colabora en la comisión de actos por sus ciudadanos con el fin de provocar la salida de algunas personas de su territorio o tolera esos actos³⁰:

«expulsión» en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto o la omisión de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas;

[...] la «omisión» puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior³¹.

41. La expulsión encubierta es, por naturaleza, contraria al derecho internacional, por un lado porque menoscaba los derechos de las personas objeto de tal expulsión y, por tanto, las normas sustantivas en materia de expulsión que combinan el derecho del Estado a expulsar y la obligación de respetar los derechos humanos de las personas expulsadas y, por otro lado, porque no respeta las normas de procedimiento en la materia que reconocen la posibilidad de la persona expulsada de defender sus derechos.

42. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo A.
Prohibición de la expulsión encubierta

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

2. A efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de

²⁹ CPA, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo arbitral parcial, Reclamaciones de civiles 15, 16, 23 y 27 a 32, 17 de diciembre de 2004, párr. 95. Véase también ILM, vol. 44 (2005), pág. 645.

³⁰ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 72.

³¹ Asociación de Derecho Internacional, *loc. cit.*, pág. 13.

un extranjero de un Estado que resulte de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio.

43. Puede decirse que este proyecto de artículo es fruto a la vez de la codificación de una norma deducida y del desarrollo progresivo del derecho internacional. En efecto, aunque no se basen formalmente en disposiciones convencionales existentes o en una norma asentada del derecho internacional consuetudinario, las disposiciones de este proyecto de artículo se derivan, por una parte, del hecho de que la práctica de la expulsión encubierta vulnera, como ya se indicó, la obligación de respetar las garantías generales de que goza el extranjero, en particular el que se encuentra en situación regular en el Estado de acogida, así como las normas de procedimiento en materia de expulsión de ese extranjero, y, por otra parte, de la constatación de que se trata de una práctica ampliamente criticada por la sociedad civil de los Estados que la aplican.

C. Extradición encubierta como expulsión

44. La expulsión de un extranjero puede adoptar la forma de una extradición encubierta. Si bien ambos procedimientos conducen al mismo resultado, a saber, la salida del extranjero del territorio del Estado en que reside, difieren en muchos aspectos, tanto de fondo como de forma. Cabe recordar que la extradición es un procedimiento interestatal con arreglo al cual un Estado entrega a otro Estado, a solicitud de este último, una persona que se encuentra en su territorio y que, «al ser objeto de una acusación o condena de carácter penal en el segundo, es reclamado por éste para ser juzgado o cumplir su pena en él»³². Se trata de un procedimiento que puede tener graves consecuencias para los derechos humanos y las libertades individuales de la persona en cuestión. En efecto,

el derecho común que resulta de las convenciones de extradición en vigor [...] considera que la entrega de un delincuente a órganos judiciales extranjeros es un acto grave que, por respeto a la libertad individual y el honor del Estado, deber estar sujeto a estrictas garantías de fondo y de forma³³.

Por este motivo, la extradición denominada «encubierta» es reprobada, de manera general, por el derecho internacional. Como ha señalado un autor,

La *extradición encubierta* es el resultado de acuerdos aparentes y aparentemente lícitos que permiten, sin embargo, eludir el procedimiento debido. Su verdadero objeto, que se mantiene oculto, es llevar a cabo una extradición a través de un procedimiento paralelo que, por lo general, tiene una finalidad distinta pero que permite, en el caso, concreto, obtener un resultado equivalente³⁴.

45. Antes que nada, conviene realizar una aclaración terminológica tras la distinción sugerida por ciertos autores entre «extradición encubierta» y «extradición *de facto*»³⁵. La expresión «extradición encubierta» puede tener una connotación negativa, en el sentido de que implica una

³² Cornu, *Vocabulaire juridique*, pág. 395.

³³ Decocq, «La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition», pág. 412; véase también Rouget, «Le respect du droit extraditionnel et les 'extraditions déguisées'», pág. 169.

³⁴ Lombois, *Droit pénal international*, pág. 563.

³⁵ Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 432 y 433.

intención oculta que puede denotar abuso de derecho o mala fe. En cambio, la expresión «extradición *de facto*» tiene una connotación neutra en la medida en que se limita a indicar la consecuencia de la expulsión. Según un autor:

No cabe duda de que, cuando el destino seleccionado es un país cuyas autoridades ansían juzgar o castigar por un delito penal al deportado, la deportación puede dar lugar a una extradición *de facto*. Así pues, ya es habitual describir esa deportación como una «extradición encubierta», pero parecería aconsejable utilizar esa expresión con cautela. Una verdadera «extradición encubierta» es aquella en la que el instrumento de la deportación se utiliza con la motivación primordial de extraditar. Así ocurriría clarísimamente, por ejemplo, cuando el prófugo, un nacional de A, entra en el territorio de B desde el Estado C pero es deportado al Estado D, donde se le busca para que responda de un acto delictivo. Sin embargo, los ejemplos de extradiciones encubiertas tan evidentes son escasos. Cuando se ordena la deportación de una persona al Estado del que viene o al Estado de su nacionalidad, llamarla «extradición encubierta» es realmente una presunción de quienes así la califican en cuanto a las intenciones de las autoridades que proceden a la expulsión. Aunque la motivación de devolver a un delincuente a la jurisdicción competente puede ser en realidad lo que más pese en la intención del Estado que deporta, también en muchos casos el que la deportación tenga ese resultado puede no ser más que una coincidencia. Por ello, en este caso se sugiere utilizar la expresión neutral «extradición *de facto*»³⁶.

46. Aunque la distinción entre extradición encubierta y *de facto* puede ser útil, no parece haber sido uniformemente reconocida en la práctica. El concepto de extradición encubierta se ha descrito del siguiente modo:

En la práctica conocida como «extradición encubierta», el procedimiento habitual es que se deniegue la admisión a una persona a petición de un Estado extranjero y se la deporta a este o a cualquier otro Estado que desee juzgarla o sancionarla. El resultado es dejar sin efecto las disposiciones habituales del derecho interno que permiten comúnmente impugnar la legalidad del procedimiento de extradición y presentar pruebas que demuestren que las razones para demandar a la persona son políticas.

Aunque hace mucho tiempo que se cuestiona la legalidad de recurrir a las legislaciones de inmigración para estos fines, también puede alegarse que esas legislaciones han de desempeñar una función de apoyo al control internacional de los delincuentes y que, por consiguiente, las extradiciones *de facto* efectuadas en virtud de ellas están justificadas. Puede ser, en efecto, algo espurio exigir la aplicación de los procedimientos de extradición a un Estado que ya ha decidido, en virtud de la política de inmigración, que al extranjero no se le permitirá permanecer en el país. Sea como fuere, el propósito establecido y primordial de la deportación es librar al Estado de un extranjero indeseable, y ese propósito se alcanza con la salida del extranjero. Su destino, en teoría, poco debería importar al Estado que expulsa, aunque en casos difíciles puede poner en tela de juicio el deber de otro Estado de recibir a un nacional suyo que no tiene ningún otro lugar adonde ir. A diferencia de la extradición, que se basa en un tratado, la expulsión no otorga ningún derecho a ningún otro Estado y, también en teoría, ese Estado no puede tener ningún control sobre el destino del extranjero.

[...]

El argumento en favor de los procedimientos simplificados de extradición seguirá siendo ampliamente defendido, en particular entre Estados aliados o con buenas relaciones. Se reducen las demoras y los gastos, y la expulsión basada en la legislación sobre emigración permite evitar los inconvenientes que se derivan de los argumentos jurídicos débiles, o bien cuando el delito imputado no figura en el tratado de extradición o no existe ni siquiera un tratado. Y sin embargo está claro que las legislaciones modernas sobre expulsión se han redactado teniendo parcialmente en cuenta las normas relativas al respeto de las garantías legales y la conveniencia de disponer de un derecho de recurso. En esa medida, esas leyes reflejan la propagación de los principios de los derechos humanos y pueden considerarse hasta cierto punto una indicación de las actitudes contemporáneas de los Estados en relación con los derechos de las personas³⁷.

³⁶ Shearer, *Extradition in International Law*, pág. 78.

³⁷ Goodwin-Gill, «The limits of the power of expulsion in public international law», págs. 91 a 93.

47. La cuestión de la extradición encubierta fue examinada desde muy pronto por los jueces y por la doctrina. Según Shearer, el origen de la expresión «extradición encubierta» se remonta a una decisión de un tribunal francés de mediados del siglo XIX: «La expresión *extradition déguisée* fue utilizada ya en 1860 por un tribunal de Francia»³⁸. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional declaró en su resolución relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros que «el hecho de que se haya denegado la extradición no significa que se haya renunciado al derecho a expulsar» (art. 15 *in fine*) y que «[u]n expulsado que se haya refugiado en un territorio con objeto de evitar el enjuiciamiento penal no puede ser entregado, por medios indirectos, al Estado en que tendría lugar el proceso, salvo que se cumplan como es debido las condiciones para la extradición» (art. 16)³⁹. Mucho más tarde, en 1983, el Instituto de Derecho Internacional recordó que «[e]l hecho de que la extradición de un extranjero esté prohibida por el derecho interno no obsta para que ese extranjero pueda ser expulsado por procedimientos lícitos»⁴⁰.

48. No existe ninguna disposición convencional explícita sobre la ilegalidad de la extradición encubierta como expulsión, y aunque existe, como se verá a continuación, una profusa jurisprudencia nacional sobre esta cuestión, la jurisprudencia internacional en la materia no es abundante. A pesar de ello, en el caso *Bozano c. France*⁴¹ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró sin ningún tipo de ambigüedad, como ya habían hecho los tribunales franceses, la ilegalidad de esa práctica a la luz del artículo 5, párr. 1, del Convenio europeo de derechos humanos.

49. Los hechos de la causa eran los siguientes: el Sr. Bozano, nacional italiano, había sido detenido por la policía italiana el 9 de mayo de 1971, puesto en libertad el 12 de mayo y detenido de nuevo el 20 de mayo por haber secuestrado y asesinado en Génova (Italia), el 6 de mayo de 1971, a una joven suiza de 13 años, Milena Sutter. También se lo acusaba de abusos deshonestos y agresión violenta contra cuatro mujeres. El 15 de junio de 1973, tras varios meses de audiencias, el Tribunal Penal de Génova lo condenó a dos años y quince días de prisión por los delitos cometidos contra una de las cuatro mujeres y lo absolvió de los demás delitos, incluido el cometido contra Milena Sutter, por falta de pruebas. La Fiscalía recurrió la sentencia. Tras la apertura del proceso de apelación, el acusado solicitó la suspensión del procedimiento alegando, con apoyo de un certificado médico, que estaba hospitalizado por enfermedad. El Tribunal Penal de Apelación de Génova consideró que el acusado se negaba deliberadamente a comparecer y continuó con el proceso. Tras examinar otras cuestiones de procedimiento, el 22 de mayo de 1975 el Tribunal condenó en rebeldía al Sr. Bozano a la pena de cadena perpetua por los delitos cometidos contra Milena Sutter y a cuatro años de prisión por los demás delitos.

³⁸ Shearer, *op. cit.*, pág. 78, nota 2 (citando a Decocq, *loc. cit.*).

³⁹ Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...».

⁴⁰ Instituto de Derecho Internacional, resolución de 1.º de septiembre de 1983 titulada «Nouveaux problèmes en matière d'extradition», art. VIII, párr. 2.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda 9990/82, *série A n.º III*. Véase también ILR, vol. 86, págs. 322 y ss.

El Tribunal consideró que no había ninguna circunstancia atenuante. El 25 de marzo de 1976, el Tribunal de Casación de Italia desestimó el recurso interpuesto por el condenado. La Fiscalía de Génova dictó orden de prisión y la policía italiana emitió una orden internacional de detención el 1.º de abril de 1976.

50. En enero de 1979, la Gendarmería de Francia detuvo al Sr. Bozano en el Departamento de La Creuse durante un control rutinario y ese mismo día ingresó en la prisión de Limoges, en el Departamento de la Haute-Vienne. El 15 de mayo de 1979, la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges se opuso a la extradición del Sr. Bozano a Italia porque el proceso en rebeldía sustanciado ante el Tribunal Penal de Génova era contrario al orden público francés. En virtud del artículo 17 de la Ley francesa de 10 de marzo de 1927 relativa a la extradición de los extranjeros, la sentencia de la Sala de Acusación era firme.

51. La noche del 26 de octubre de 1979, a las 20.30 horas aproximadamente, tres policías sin uniforme, de los cuales por lo menos uno iba armado, interpellaron al Sr. Bozano cuando regresaba a su domicilio, lo esposaron y lo llevaron a la comisaría de policía. Le notificaron la siguiente orden, dictada más de un mes antes, firmada por el Ministro del Interior y dirigida al Prefecto de la Haute-Vienne:

El Ministro del Interior

Visto el artículo 23 del Decreto de 2 de noviembre de 1945, relativo a las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia,

Visto el Decreto de 18 de marzo de 1946,

Vista la información recabada sobre Lorenzo Bozano, nacido el 3 de octubre de 1945 en Génova (Italia),

Considerando que la presencia del extranjero antes mencionado en territorio francés puede poner en peligro el orden público,

Dispone lo siguiente:

1. Se ordena abandonar el territorio francés a la persona antes mencionada;
2. Corresponde ejecutar la presente orden a los prefectos⁴².

52. Aunque el Sr. Bozano se opuso a su «deportación» y solicitó comparecer ante la junta de apelación prevista en el artículo 25 del Decreto de 2 de noviembre de 1945, se le respondió que esa posibilidad estaba totalmente excluida y que «iba a ser trasladado inmediatamente a Suiza, y no a la frontera de España, que era la frontera más próxima»⁴³. Así pues, sin dársele la posibilidad de abandonar Francia a través del país de su elección ni de informar a su esposa o a su abogado, el interesado fue conducido esposado a un vehículo y expulsado a Suiza a través de la frontera próxima a Annemasse, donde fue entregado a la policía de ese país.

53. Cabe recordar que en 1976 Italia había solicitado a Suiza la extradición del Sr. Bozano y que ambos países eran partes en el Convenio europeo de extradición. Tras

ser expulsado por las autoridades francesas a Suiza, el Sr. Bozano fue extraditado a Italia el 18 de junio de 1980, después de que el 13 de junio el Tribunal Federal de Suiza desestimara su objeción.

54. Sin embargo, en diciembre de 1979 el abogado del Sr. Bozano se había dirigido a los tribunales franceses para lograr que el interesado regresara a Francia. El 14 de enero de 1980, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia dictó una providencia con la siguiente motivación:

Los diversos acontecimientos, desde la detención del Sr. Bozano hasta su entrega a la policía suiza, ponen de manifiesto la comisión de irregularidades flagrantes y muy graves, tanto desde el punto de vista del orden público francés como de las normas que resultan de la aplicación del artículo 48 del Tratado de Roma. Además, es sorprendente que se haya elegido precisamente la frontera suiza para llevar a cabo la expulsión cuando la frontera española está más cerca de Limoges. Por último, cabe observar que las autoridades judiciales no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre las eventuales infracciones de la orden de expulsión dictada contra el Sr. Bozano, dado que fue entregado a la policía suiza en cuanto le fue notificada la orden, a pesar de sus protestas. Así pues, la Administración ejecutó su propia decisión.

De lo anterior se desprende que esta operación no consistió en la adopción de una simple medida de expulsión justificada por la orden de expulsión, sino en una entrega a la policía suiza previamente concertada⁴⁴.

55. En su sentencia de 18 de diciembre de 1986, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó este razonamiento, en particular la calificación de «extradición encubierta», en los siguientes términos:

Habida cuenta de las circunstancias de la causa en su conjunto y teniendo en cuenta la cantidad de elementos concordantes, el Tribunal llega a la conclusión de que la privación de libertad del demandante ocurrida la noche del 26 al 27 de octubre de 1975 no era «conforme a derecho», en el sentido del artículo 5, párrafo 1, apartado f, ni compatible con el «derecho a la seguridad» de las personas. La privación de libertad del Sr. Bozano realizada en esas circunstancias equivale, en la práctica, a una forma encubierta de extradición destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable de 15 de mayo de 1979 de la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges, y no a una «detención» necesaria en el curso ordinario de un «procedimiento de expulsión». Las conclusiones del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de París (aunque carezcan de la autoridad de cosa juzgada) y del Tribunal Administrativo de Limoges (a pesar de que sólo tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de la orden de 17 de septiembre de 1979) tienen, en opinión de este Tribunal, una importancia capital: ponen de manifiesto la labor de vigilancia ejercida por los tribunales franceses.

En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 5, párr. 1, del Convenio⁴⁵.

56. La doctrina comparte este punto de vista. Coussirat-Coustère, autor de un comentario del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, al exponer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1986, señala que el doble requisito que figura en el párrafo 1 de dicho artículo es, por una parte, la observancia del derecho interno, reflejada en el Convenio mediante la expresión «con arreglo al procedimiento establecido por la ley», y, por otra parte, la conformidad con el objeto de este artículo, que es «proteger a las personas de la arbitrariedad», como indicó el Tribunal en el caso *Bozano*⁴⁶. En este caso concreto, la arbitrariedad resultaba

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 31.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 60.

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 54. Véase también Coussirat-Coustère, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986», pág. 245.

⁴² *Ibíd.*, *série A n.º III*, párr. 24.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 25.

de las condiciones de ejecución de la orden de expulsión: no haber comunicado al interesado una decisión adoptada un mes antes y ejecutarla por la fuerza en el momento mismo de su notificación; no haberle permitido elegir el país de acogida⁴⁷ ni haberlo trasladado a la frontera más cercana; y, por último, haberlo entregado a Suiza, país que había celebrado un convenio de extradición con Italia, que había sido avisado por la OIPC/INTERPOL de la inminencia de la expulsión y que era el Estado de la nacionalidad de la víctima por cuyo asesinato había sido condenado el Sr. Bozano en Italia. El autor llega a la conclusión de que

[e]sta forma expeditiva de cooperación policial no es conforme a derecho, en el sentido del artículo 5, ni compatible con el derecho a la seguridad; la privación de libertad imputable a Francia va más allá de su prerrogativa de expulsar y no es más que una detención arbitraria al servicio de una extradición encubierta (sentencia en el caso *Bozano*, párrs. 55 a 60)⁴⁸.

Otro autor constata, simplemente, que la sentencia en el caso *Bozano* supuso la primera condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Francia y tuvo lugar «en un contexto judicial particular, con una ‘extradición encubierta’ a Italia, donde el Sr. Bozano había sido condenado en rebeldía a cadena perpetua por un delito sórdido»⁴⁹.

57. La cuestión de la extradición encubierta se planteó de nuevo en el caso *Öcalan c. Turquía*⁵⁰. A la luz de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ese caso, los hechos pertinentes pueden resumirse de la siguiente manera: Abdullah Öcalan es un kurdo de Turquía. Antes de su detención era el líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán. El 9 de octubre de 1998, el Sr. Öcalan fue expulsado de la República Árabe Siria, donde residía desde hacía muchos años. Ese mismo día llegó a Grecia, donde las autoridades del país le pidieron que abandonara el territorio griego en el plazo de dos horas y rechazaron su solicitud de asilo político. El 10 de octubre de 1998, el Sr. Öcalan se trasladó a Moscú en un avión fletado por los servicios griegos. La Duma aceptó su solicitud de obtención del estatuto de refugiado político en la Federación de Rusia, pero el Primer Ministro ruso no ejecutó esa decisión. El 12 de noviembre de 1998, el Sr. Öcalan viajó a Roma y presentó una solicitud de asilo político. El interesado fue inicialmente detenido por las autoridades italianas y posteriormente pasó a la situación de arresto domiciliario. Aunque se negaron a extraditarlo a Turquía, las autoridades administrativas italianas desestimaron su solicitud de asilo político. El Sr. Öcalan se vio obligado a salir de

Italia tras recibir presiones en ese sentido. Después de pasar uno o dos días en la Federación de Rusia, regresó de nuevo a Grecia, probablemente el 1.º de febrero de 1999. Al día siguiente, 2 de febrero de 1999, fue trasladado a Kenya. Fue recibido en el aeropuerto de Nairobi por funcionarios de la Embajada griega y se instaló en la residencia del embajador. El interesado presentó una solicitud de asilo político en Grecia ante el Embajador griego en Nairobi, pero nunca obtuvo respuesta. El 15 de febrero de 1999, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Kenya anunció que el Sr. Öcalan había entrado en territorio keniano a bordo de un avión que había aterrizado en Nairobi y que lo había hecho sin declarar su identidad ni someterse al control de pasaportes y acompañado de funcionarios griegos. El último día de la estancia en Nairobi del demandante, el Embajador griego, tras reunirse con el Ministro de Relaciones Exteriores de Kenya, comunicó al interesado que era libre de ir donde quisiera y que los Países Bajos estaban dispuestos a acogerlo. El 15 de febrero de 1999, varios funcionarios kenianos se presentaron en la Embajada de Grecia para conducir al Sr. Öcalan al aeropuerto. El Embajador de Grecia mantuvo una discusión con los funcionarios kenianos porque manifestó su deseo de acompañar personalmente al interesado al aeropuerto. Finalmente, el Sr. Öcalan se subió a un vehículo conducido por un funcionario keniano. De camino al aeropuerto, el vehículo se separó del convoy y se dirigió, por una ruta reservada al personal de seguridad, a la zona internacional del aeropuerto de Nairobi, hasta un avión donde agentes de seguridad turcos esperaban al Sr. Öcalan, que fue detenido a las 20 horas aproximadamente, después de subir al avión⁵¹.

58. Los tribunales turcos habían dictado siete órdenes de detención contra Abdullah Öcalan y la OIPC/INTERPOL había emitido un aviso de búsqueda (notificación roja) contra él. En todos esos documentos se lo acusaba de haber creado una banda armada para acabar con la integridad territorial del Estado turco y haber sido el instigador de varios actos de terrorismo que habían provocado pérdidas de vidas humanas⁵².

59. En el transcurso del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante sostuvo que no se había incoado ningún procedimiento para su extradición en Kenya y que las autoridades de ese país habían negado ser responsables de su traslado a Turquía. En su opinión, una simple convivencia entre funcionarios kenianos no autorizados y el Gobierno turco no podía calificarse de cooperación entre Estados. Según el demandante, su detención era el resultado de una operación planificada en Turquía, Italia, Grecia y otros Estados. Invocando la sentencia en el caso *Bozano*, el demandante hizo hincapié en la necesidad de proteger la libertad y la seguridad de las personas ante la arbitrariedad. Sostuvo que, en su caso concreto, «su expulsión forzosa es en realidad una extradición encubierta que lo priva de toda garantía procesal o material»⁵³. El demandante recordó, a este respecto, que la exigencia de legalidad en el sentido del artículo 5, párr. 1, del Convenio europeo de derechos humanos se refería tanto al derecho internacional como al derecho interno. En

⁴⁷ Como subrayó Rousseau en relación con la causa *Klaus Barbie* (en la que Francia había solicitado la extradición del interesado, acusado de crímenes de lesa humanidad, pero la Corte Suprema de Justicia de Bolivia se había opuesto a ella al no existir convención de extradición entre ambos Estados y, en consecuencia, Bolivia había procedido a expulsar al interesado a Francia), «lo que corresponde en la expulsión es que la persona expulsada sea libre de ir al país de su elección, y no entregarla a los representantes de un Estado extranjero para su detención y traslado al territorio de dicho Estado» (Rousseau, nota sobre la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de Francia de 6 de octubre de 1983, RGDIP, 1984, pág. 510).

⁴⁸ Coussirat-Coustère, *loc. cit.*, pág. 245.

⁴⁹ Decaux, «Le droit international malgré tout...», pág. 54.

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IV.

⁵¹ *Ibíd.*, párrs. 14, 15, 16 y 17.

⁵² *Ibíd.*, párr. 18.

⁵³ *Ibíd.*, párr. 77.

su opinión, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en la causa *Ramírez Sánchez c. France*⁵⁴ no era pertinente en su caso: en aquella causa había habido cooperación entre Francia y el Sudán, pero en su caso las autoridades kenianas no habían cooperado con las turcas. Además, en la causa mencionada la Comisión Europea de Derechos Humanos había estimado que el demandante era, a todas luces, un terrorista. No cabe duda de que el carácter extremadamente delicado de la cuestión suscitada en la causa *Öcalan* influyó en la decisión del Tribunal. Es sabido hasta qué punto el terrorismo se ha convertido en una cuestión incómoda. Pues bien, el Sr. Öcalan y el Partido de los Trabajadores del Kurdistán declararon haber recurrido a la fuerza para hacer efectivo el derecho a la libre determinación de la población de origen kurdo. Invocando la jurisprudencia de varios tribunales nacionales⁵⁵, el demandante afirmó que su detención no se había realizado conforme al derecho keniano ni a las normas establecidas por el derecho internacional, que esa detención había sido en realidad un secuestro y que el período que había estado detenido y su posterior enjuiciamiento, basados en esa detención ilegal, debían considerarse nulos y sin valor.

60. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aceptó la tesis del demandante, sino la del Gobierno turco, según la cual «el demandante fue detenido por las autoridades de Kenya y entregado a las autoridades turcas en el marco de la cooperación entre ambos Estados». En efecto, en opinión del Gobierno turco «no se trata de una extradición encubierta: Turquía aceptó la propuesta de las autoridades de Kenya de entregarle al demandante, que, por otra parte, se encontraba clandestinamente en ese país»⁵⁶. Siguiendo con esta argumentación, el Tribunal declaró lo siguiente:

86. El Convenio no impide la cooperación entre los Estados miembros, en el marco de tratados de extradición o en materia de expulsión, con el fin de llevar ante la justicia a los prófugos, siempre que esa cooperación no menoscabe ningún derecho concreto contemplado en el Convenio (ibíd., págs. 24 y 25, párr. 169).

87. En lo que respecta a las relaciones en materia de extradición entre un Estado parte en el Convenio y otro que no lo es, las normas establecidas en un tratado de extradición o, en ausencia de dicho tratado, la cooperación entre los Estados interesados también son factores pertinentes para determinar la licitud de la detención impugnada posteriormente ante el Tribunal. La entrega de un prófugo a raíz de la cooperación entre Estados no constituye, en sí misma, un menoscabo de la legalidad de la detención ni plantea, por tanto, problema alguno desde el punto de vista del artículo 5 (*Freda c. Italie*, n.º 8916/80, decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1980, DR 21, pág. 250; *Altmann (Barbie) c. France*, n.º 10689/83, decisión de la Comisión de 4 de julio de 1984, DR 37, pág. 225; y *Reinette c. France*, n.º 14009/88, decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1989, DR 63, pág. 189)⁵⁷.

El Tribunal añadió, más adelante, lo siguiente:

⁵⁴ Demanda 28780/95, decisión de 24 de junio de 1996, *Décisions et rapports 86-B*, pág. 155.

⁵⁵ Véase, en particular, Reino Unido, decisión de la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court*, ex parte *Bennet*, *Law Reports Appeal Cases* 1994, vol. 1, pág. 42; decisión del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda en la causa *Reg. V. Hartley*, *New Zealand Law Reports* 1978, vol. 2, pág. 198; decisión del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (segundo circuito, 1974) en la causa *United States v. Toscanino*, *Federal Reporter (Second Series)*, vol. 500, págs. 267 y 268; decisión de 28 de mayo de 2001 del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en la causa *Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports* 2001, vol. 3, pág. 893 (CC).

⁵⁶ Caso *Öcalan*, *Recueil des arrêts et décisions 2005-IV*, párr. 81.

⁵⁷ Ibíd., párrs. 86 y 87.

Incluso una extradición atípica, siempre que sea el resultado de una cooperación entre los Estados interesados y que la detención tenga como fundamento jurídico una orden de detención emitida por las autoridades del Estado de origen del interesado, no puede considerarse, en sí misma, contraria al Convenio (*Ramírez Sánchez*, decisión antes citada)⁵⁸.

61. Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que, en sí misma, una extradición encubierta no es contraria al Convenio europeo de derechos humanos si es resultado de una cooperación entre los Estados interesados y si el traslado se basa en una orden de detención emitida por las autoridades del país de origen de la persona en cuestión⁵⁹. A pesar de esta decisión del Tribunal, los hechos parecen confirmar su posición en la causa *Bozano*. Es muy probable que si los hechos en la causa *Öcalan* no hubieran estado relacionados con el terrorismo, el Tribunal no habría tenido problema alguno en confirmar la jurisprudencia *Bozano*.

62. La práctica de los Estados Unidos parece responder a la posición afirmada en la causa *Öcalan* más que a la posición adoptada en la causa *Bozano*. Por ejemplo, a finales de 2001 los Estados Unidos solicitaron la cooperación de la UE en el marco de sus políticas de inmigración y lucha contra el terrorismo, pidiéndole en particular que contemplara «alternativas a la extradición, como la expulsión o la deportación, cuando la ley lo permita y resulte más eficaz»⁶⁰.

63. Tribunales de diversos Estados han tenido que pronunciarse sobre si una expulsión constituía en realidad una extradición encubierta⁶¹. En algunos casos esos tribunales

⁵⁸ Ibíd., párr. 89.

⁵⁹ Véase también Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 4 de julio de 1984, *Klaus Altmann (Barbie) c. France*, demanda 10689/83, *Décisions et rapports* 37, pág. 225; Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 24 de junio de 1996, *Illich Ramírez Sánchez c. France*, demanda 28780/95, *Décisions et rapports 86-B*; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12 de marzo de 2003, *Öcalan c. Turquía*, párr. 91, confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GC), sentencia de 12 de mayo de 2005, *Recueil des arrêts et décisions 2005-IV*, párr. 89.

⁶⁰ Según los términos empleados en la carta de 16 de octubre de 2001 enviada por el Presidente de los Estados Unidos George W. Bush a la UE con propuestas de cooperación (www.statewatch.org). El texto íntegro de la carta puede consultarse, en particular, en www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm. Véase también Champeil-Desplats, «Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative».

⁶¹ Véanse, por ejemplo, *Barton v. Commonwealth of Australia*, Tribunal Superior, 20 de mayo de 1974, ILR, vol. 55, págs. 11 a 37; *Lülf v. State of the Netherlands*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 17 de junio de 1976, ibíd., vol. 74, págs. 425 y 426; *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, Tribunal Superior de Inglaterra (Tribunal de División), 25 de junio de 1981, ibíd., vol. 77, págs. 336 a 345; *R. v. Guildford Magistrates' Court*, ex parte *Healy*, Tribunal Superior de Inglaterra (Tribunal de División), 8 de octubre de 1982, ibíd., págs. 345 a 350; *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe-Rhodesia, Tribunal Superior, Sala General, 21 de noviembre de 1979, ibíd., vol. 88, págs. 246 a 259; caso de la decisión sobre prohibición de residencia (2), República Federal de Alemania, Tribunal Superior Administrativo de Münster, 1.º de octubre de 1968, ibíd., vol. 61, págs. 433 a 436; *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, Corte Suprema de la India, ibíd., vol. 22, págs. 497 a 500; *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, ibíd., vol. 127, pág. 469. En su análisis de las expulsiones impugnadas y sus consecuencias, los tribunales consideraron en particular la forma, el fondo y el propósito de los procedimientos en cuestión. Los ejemplos de jurisprudencia nacional mencionados en los cinco párrafos siguientes se han tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 438 a 442.

examinaron el propósito de la expulsión y la intención de los Estados interesados antes de pronunciarse⁶².

64. En una causa ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, los demandantes impugnaron la legalidad de la expulsión del Sr. Mohamed a los Estados Unidos aduciendo que se trataba de una extradición encubierta. El fallo del Tribunal se basó en otras consideraciones, a saber, el hecho de que la entrega del Sr. Mohamed a los Estados Unidos, donde le esperaba la pena de muerte, era contraria a la Constitución de Sudáfrica. No obstante, las consideraciones del Tribunal sobre la distinción entre deportación y extradición son de interés a estos efectos:

La deportación y la extradición tienen objetivos distintos. Con la deportación se trata de expulsar de un Estado a un extranjero que no tiene permiso para estar en él. La extradición es la entrega por un Estado a otro Estado de una persona condenada o acusada allí de un delito, con el propósito de que el Estado que la recibe pueda aplicar a esa persona las disposiciones de su legislación. Sin embargo, a veces su objetivo puede coincidir cuando un extranjero en situación ilegal es «deportado» a otro país que desea juzgarlo por haber

⁶² «[N]o se trató en ningún caso de extradición velada, porque no se había probado que el Estado hubiese influido en la decisión de Alemania Occidental de retirar la solicitud de extradición y el Estado se sintió razonablemente obligado a entregar el alemán occidental a la policía de fronteras de Alemania Occidental, puesto que sólo ese país estaba obligado a admitirlo y estaba justificado que el Estado presumiese que ningún otro país desearía admitirlo, ya que no poseía un documento de viaje válido» (caso *Lülf* (véase la nota precedente), pág. 426). «Por ello, si el propósito del Ministro del Interior en ese caso hubiese sido entregar al demandante como delincuente prófugo a los Estados Unidos de América porque lo habían reclamado, ello sería contrario a derecho. Pero si el propósito del Ministro del Interior era deportar al extranjero a su país porque consideraba que su presencia aquí no era propicia para el bien público, la actuación del Ministro se ajusta a derecho. Corresponde a estos tribunales indagar si el propósito del Ministro del Interior era contrario a derecho o no» (R. v. *Governor of Brixton Prison*, ex parte *Soblen*, ILR, vol. 33, pág. 280). «[N]o existe absolutamente ningún motivo para suponer que la policía ha intentado persuadir a las autoridades estadounidenses de que deporten a ese demandante para que puedan arrestarlo en ese país y eludir así las disposiciones del tratado de extradición entre los dos países» (R. v. *Guildford Magistrates Court*, ex parte *Healy* (véase la nota precedente), pág. 348). «En términos simples, la pregunta es: ¿se ejerció la potestad de detener al demandante con el objetivo de asegurar la expulsión de este país de un habitante indeseable, una persona cuya presencia continua no es propicia para el bien público? ¿O bien se ejerció esa potestad con el propósito oculto de expulsar hacia el Reino Unido, en el interés de la justicia en general, a una persona acusada de haber transgredido las leyes de ese país?» (*Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (véase la nota precedente), pág. 251). «De modo similar, la expulsión no puede ordenarse como medio de evitar la prohibición de extraditar. No obstante, esa expulsión sólo se considera inadmisibles cuando ha quedado patente que la intención de las autoridades era evitar la reglamentación restrictiva sobre extradición», República Federal de Alemania, caso de la decisión sobre prohibición de residencia (2) (véase la nota precedente), pág. 435. Véase también *López de la Calle Gauna*, Consejo de Estado, Francia, 10 de abril de 2002 (se permite la expulsión al Estado de la nacionalidad aunque el interesado tenga acusaciones penales pendientes en él, a condición de que no se haya presentado una solicitud de extradición) (*Recueil Lebon*). Sin embargo, «el hecho de que se haya formulado una solicitud [de extradición] no restringe la facultad discrecional del Gobierno para optar por el procedimiento [de expulsión] menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión abandone la India como un hombre libre» (caso *Muller* (véase la nota precedente), pág. 500). «Si el demandante, fuera de nuestro territorio, no fuese dejado en libertad sino enviado a Italia [donde era probable que se enfrentase a acusaciones penales por actividades políticas], se habría llevado a cabo una verdadera extradición que el Gobierno de Italia no ha solicitado y el Gobierno del Brasil no ha decidido conceder» (*In re Esposito*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 25 de julio de 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, pág. 333).

cometido una infracción penal cuyo enjuiciamiento es competencia de sus tribunales.

La deportación es habitualmente un acto unilateral, mientras que la extradición es consensual. Los procedimientos para la deportación y para la extradición son distintos y esas diferencias pueden ser importantes en casos concretos, en particular cuando se impugna la legalidad de la expulsión. En las circunstancias del presente caso, sin embargo, la distinción no es pertinente. El procedimiento seguido para expulsar a Mohamed a los Estados Unidos de América era contrario a derecho, ya se concibiese como una deportación o como una extradición. Además, la obligación del Gobierno de Sudáfrica de obtener garantías de que no se impondrá la pena de muerte a una persona a quien se expulsa de Sudáfrica a otro país no puede depender de que la expulsión se efectúe mediante extradición o deportación. Esa obligación depende de los hechos del caso concreto y de las disposiciones de la Constitución, no de las disposiciones de la legislación habilitadora o el tratado de extradición en virtud de los que se lleve a cabo la «deportación» o «extradición»⁶³.

65. En una de sus primeras causas, la Corte Suprema de la India reconoció la libertad de elección del Estado en cuanto al procedimiento para obligar al extranjero a abandonar su territorio:

La Ley de extranjería otorga la potestad de expulsar a los extranjeros de la India. Confiere al Gobierno central una discrecionalidad absoluta y sin trabas y, como no existe ninguna disposición que limite esa facultad discrecional en la Constitución, subsiste un derecho ilimitado a expulsar.

[...]

La Ley de extranjería no está sujeta a las disposiciones de la Ley de extradición. Son dos leyes independientes y ninguna de las dos afecta a la otra. Aunque haya una petición y buenos argumentos para concederla, el Gobierno no está obligado a acceder a ella. [...] Así pues, si se decide no acceder a la petición, la persona contra la que vaya dirigida no podría insistir en que se cumpla. El derecho no es suyo, y el hecho de que se haya formulado esa petición no restringe la facultad discrecional del Gobierno para optar por el procedimiento menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión abandone la India como un hombre libre. Si no se hubiera concedido al Gobierno la posibilidad de elegir, la situación habría sido distinta; pero como al Gobierno se le da el derecho a escoger, no puede hablarse de falta de buena fe sólo porque el Gobierno ejerce el derecho de elección que le confiere la ley. Este argumento contra la buena fe del Gobierno no se tiene en pie⁶⁴.

66. En la causa *Barton*, el Tribunal Supremo de Australia examinó la situación planteada cuando el Gobierno de Australia pidió al Brasil la extradición de un nacional australiano. El Tribunal observó que el Gobierno de Australia había formulado la siguiente petición por vía diplomática:

No habiendo tratado de extradición entre el Brasil y Australia, la Embajada tiene el honor de solicitar que se proceda a la detención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Ley n.º 66.689, de 11 de junio de 1970. Aunque el derecho australiano no contiene una legislación similar, existen procedimientos de deportación en virtud de la Ley de migración que, con la aprobación de los Ministros, podrían aplicarse en caso de que el Brasil pida la devolución de un prófugo a Australia⁶⁵.

67. Aunque el Tribunal consideró que la solicitud de extradición era lícita, también sostuvo que, sin un tratado de extradición, el requisito de reciprocidad no podía satisfacerse por referencia a las disposiciones legislativas sobre la expulsión, puesto que se trataba de dos procedimientos distintos. El magistrado Barwick, Presidente del Tribunal, señaló lo siguiente:

⁶³ Caso *Mohamed* (nota 61 *supra*), págs. 486 y 487, párrs. 41 y 42.

⁶⁴ Caso *Muller* (nota 61 *supra*), págs. 498 a 500.

⁶⁵ Caso *Barton* (nota 61 *supra*), pág. 12.

En vez de recurrir a la extradición como medio de entrega, la mayoría de los países ejerce un derecho de expulsión de las personas cuya estancia en el país se considera indeseable. Cuando ese derecho de expulsión es objeto de una regulación legislativa, como ocurre habitualmente en los países del *common law*, existen restricciones a su ejercicio, que a menudo se aplican a la finalidad prevista de la expulsión. En ocasiones pueden surgir dudas en cuanto a la inadmisibilidad del propósito real de la expulsión y sobre si en verdad se trata de una extradición no autorizada, o lo que un tratadista ha denominado «extradición encubierta» (véase O'Higgins en 27 Mod LR, 521). Está claro que una potestad de expulsión, como por ejemplo la que otorgan las leyes sobre migración o inmigración, no equivale a una potestad de extraditar. Emplear la potestad de expulsión como sucedáneo es una práctica poco satisfactoria desde el punto de vista internacional y nacional. Además, el poder ejecutivo, al que la ley limita las ocasiones y los propósitos de la expulsión, no puede emplear válidamente esa potestad como equivalente general de la potestad de extraditar, por mucho que en ocasiones la expulsión pueda hacer las veces de la extradición en un caso concreto, debido a sus circunstancias. Hay objeciones obvias contra la utilización de la potestad relacionada con la inmigración o la expulsión como sucedáneo para la extradición: véase Shearer, *Extradition in International Law*, págs. 19 y 87 a 90; véase también O'Higgins, *Disguised Extradition*, 27 Mod LR, 521 a 539; *Hackworth's Digest of International Law*, vol. 4, pág. 30.

[...]

Así pues, cuando la potestad de entregar no exista al margen de la ley correspondiente, como ocurre en Australia, el país solicitante no puede ofrecer pertinentemente la reciprocidad con respecto a personas o delitos que no entren dentro del ámbito de la legislación aplicable o a Estados a los que no se aplique dicha legislación. Tampoco puede comprometerse un país a utilizar su potestad de expulsión como una potestad para extraditar, de modo que quede satisfecha la necesidad de reciprocidad. Por las razones a las que me he referido brevemente, el propósito limitado para el cual se puede utilizar correctamente la potestad de expulsión la hace bastante inadecuada como medio de garantizar que se extraditará a un prófugo cuando se pida. Así, en el caso de Australia, la Ley de migración 1958-1966 no podría servir de equivalente de la potestad de extradición; tampoco la existencia de esa Ley podría garantizar una promesa de trato recíproco en la extradición. No obstante, corresponde por supuesto al Estado que recibe la petición decidir por sí solo si considera o no suficiente una promesa de reciprocidad⁶⁶.

68. La cuestión de las consecuencias de la extradición encubierta se planteó en la causa *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*⁶⁷, en la que el Tribunal Superior de Inglaterra examinó si era competente para conocer del caso de un extranjero que había sido expulsado de Zimbabue con el propósito de efectuar una extradición encubierta. El Tribunal sostuvo lo siguiente:

Con independencia de la razón por la que el demandante se hallase en la pista del aeropuerto de Gatwick, y de que hubiese llegado allí con engaño o por medios ilegales, el caso es que estaba allí y fue detenido por las fuerzas de policía de este país. Por consiguiente, el simple hecho de que su llegada se hubiese efectuado de manera ilegal no excluía en modo alguno la jurisdicción del Tribunal⁶⁸.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 14 a 16. «No obstante, en esas circunstancias la expulsión puede ser ilegal con arreglo al derecho interno. Si así fuere, como observó el Tribunal Federal de Australia en *Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, la «distinción [...] entre una deportación con propósito de extraditar ('extradición encubierta') y una deportación con fines de control de la inmigración que supone incidentalmente una extradición *de facto*' puede ser 'de difícil aplicación práctica'» (Gajja, *loc. cit.*, pág. 299 [en referencia a la sentencia de 8 de marzo de 1988, *Australian Law Reports*, vol. 84, págs. 719 a 725]).

⁶⁷ Caso *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson* (nota 61 *supra*), pág. 343. El Tribunal se basó en gran medida en la decisión de expulsión adoptada por el Tribunal Superior de Zimbabue-Rhodesia en el caso *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (nota 61 *supra*).

⁶⁸ Caso *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson* (nota 61 *supra*), pág. 343.

69. No obstante, el Tribunal hizo uso de su facultad de inhibirse del caso, por razones de equidad⁶⁹.

70. Lo cierto es que la práctica de la extradición encubierta como expulsión es contraria al derecho internacional positivo. En efecto, se puede considerar contraria, en particular, al artículo 9, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula lo siguiente

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Asimismo, el artículo 13 del Pacto sólo permite la expulsión de una persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado contratante «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley».

71. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Bozano* encuentra apoyo en la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *García c. Ecuador*⁷⁰, si bien el motivo explícito en que se basó esta decisión no fue la extradición encubierta. El problema planteado era la expulsión de un nacional colombiano del Ecuador a los Estados Unidos, donde se lo acusaba de narcotráfico. Se demostró que el Gobierno de los Estados Unidos no había aplicado el tratado de extradición que existía entre ambos países porque dudaba de que los tribunales ecuatorianos fueran a conceder la extradición del demandante. El interesado no pudo comunicarse con un abogado ni solicitar que un juez ecuatoriano examinara la legalidad de su expulsión. Dado que las autoridades del Estado autor de la expulsión admitieron que el procedimiento de expulsión había sido irregular, el Comité declaró que se habían vulnerado los artículos 9 y 13 del Pacto⁷¹.

72. Se han podido encontrar varias decisiones en esta materia dictadas por órganos jurisdiccionales de carácter universal. No obstante, la claridad y pertinencia del motivo invocado por los tribunales nacionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para condenar la práctica de la extradición encubierta como expulsión, así como la adhesión de la doctrina a esta línea jurisprudencial, hacen que la sentencia en la causa *Bozano* sea un reflejo de la tendencia imperante. Por tanto, si bien no cabe hablar de codificación de una norma consuetudinaria de prohibición de la práctica de la expulsión con fines de extradición, se podría establecer esta norma al amparo del desarrollo progresivo.

Proyecto de artículo 8: Prohibición de la extradición encubierta como expulsión

Sin perjuicio del procedimiento normal de extradición, no se deberá expulsar a un extranjero, sin su consentimiento, a un Estado que haya solicitado su

⁶⁹ *Ibid.*, págs. 336 a 345.

⁷⁰ Informe del Comité de Derechos Humanos (A/47/40), observaciones de 5 de noviembre de 1991, *Edgar A. Cañón García c. el Ecuador*, comunicación n.º 319/1988, pág. 285. Caso citado por Rouget, *loc. cit.*, pág. 181.

⁷¹ Véase Ducroquet, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, pág. 414.

extradición ni a un Estado que tenga un interés particular en responder favorablemente a esa solicitud.

D. Motivos de expulsión

73. Se reconoce que si bien las condiciones de admisión de extranjeros en el territorio de un Estado dependen de su soberanía y son, por lo tanto, de su competencia exclusiva, el Estado no puede, a su gusto, privarlos de la facultad de residencia. «Sólo se puede ordenar la expulsión si hay motivos justos, motivos serios, de interés público y de necesidad pública que la hagan necesaria»⁷². Lo esencial de la doctrina sobre la expulsión de extranjeros tiene ese sentido por lo menos desde fines del siglo XIX⁷³.

74. Está igualmente establecido en el derecho internacional que el Estado autor de la expulsión «debe, cuando se presente la ocasión, dar las razones de ella»⁷⁴, ya sea a petición del expulsado o del Estado de destino de la persona expulsada⁷⁵ o ante un tribunal internacional⁷⁶. Dicho en otras palabras, la expulsión debe estar fundamentada por el Estado autor de la expulsión. Es preciso además que los motivos no sean arbitrarios. «Para ejercer el derecho de expulsión, se necesitan justos motivos», decía Canonico⁷⁷, y compartían esa opinión diversos autores de finales del siglo XIX y de comienzos del siglo XX⁷⁸. Esos «justos motivos», se decía entonces, se relacionan «con la idea elemental de que, en aras de un interés superior de conservación, el Estado puede expulsar a un extranjero cuya presencia en el territorio sea peligrosa para la seguridad interior o exterior del Estado»⁷⁹.

⁷² Véase Martini, *L'expulsion des étrangers. Étude de droit comparé*, pág. 54.

⁷³ Véase, en especial, von Bar, «L'expulsion des étrangers».

⁷⁴ Véase el caso *Boffolo* (Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903), Naciones Unidas, RSA, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1960.V.4), pág. 528. Véase también Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals*, pág. 288, párr. 515.

⁷⁵ Por ejemplo, en algunos tratados concertados en el siglo XIX por Francia y diversos Estados del continente americano se estipulaba que antes de proceder a la expulsión el Gobierno de cada Estado parte comunicaría los motivos a los agentes diplomáticos o consulares de los Estados extranjeros interesados. Así se estipuló en el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Su Majestad el Rey de los Franceses y la República de Bolivia, de 9 de diciembre de 1834; el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Su Majestad el Rey de los Franceses y la República del Ecuador, de 6 de junio de 1843; el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Francia y la República de Guatemala, de 8 de marzo de 1848; el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Francia y Honduras, de 22 de febrero de 1856, y el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Francia y el Perú, 9 de marzo de 1861. Además, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, esas disposiciones se aplicaban también a las relaciones con otros Estados (véase Fauchille, *Traité de droit international public*, pág. 878, n.º 447 *in fine*, y pág. 982, n.º 450; Despagnet y De Boeck, *Cours de droit international public*, pág. 478, n.º 337 *in fine*; y Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, pág. 56, párr. 30).

⁷⁶ Véase el caso *Boffolo* (nota 74 *supra*), y Ralston, *op. cit.*, págs. 287 y 288, párr. 515; Borchard, *op. cit.*, págs. 56 y 57, nota 4; y Politis, «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux».

⁷⁷ «De l'expulsion des étrangers en Italie», pág. 219.

⁷⁸ Véase, en especial, Martini, *op. cit.*, pág. 54; y De Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», págs. 532 y 533.

⁷⁹ De Boeck, *loc. cit.*, pág. 532.

75. El debate sobre los motivos o las causas de expulsión es antiguo. Cabe observar que las leyes de los Estados, antiguas o más recientes, utilizan a este propósito una terminología variada y no siempre precisa. Así, prevén tanto motivos de «orden público», «seguridad pública», o «seguridad interior y exterior» como motivos de «tranquilidad pública», «higiene pública» o «salud pública», entre otros.

76. Ahora bien, del examen de las convenciones internacionales actuales y de la jurisprudencia internacional relativa a la cuestión de la expulsión de extranjeros se desprende que los motivos consagrados son, en fin de cuentas, bastante poco numerosos y que se limitan principalmente a dos, a saber: el orden público y la seguridad pública⁸⁰. La cuestión es determinar si se trata de los dos únicos motivos de expulsión aceptados en el derecho internacional y si son excluyentes de cualquier otro motivo, pues la práctica demuestra que los Estados invocan varios otros motivos para expulsar a extranjeros.

77. Se plantea luego el problema de la determinación del contenido preciso de los dos motivos principales —el orden público y la seguridad pública—, problema tanto más difícil cuanto que la apreciación de la amenaza para el orden público o la seguridad pública depende de cada Estado, en este caso del Estado autor de la expulsión, y que el contenido de los conceptos es esencialmente fluctuante. Esos conceptos figuran en la mayor parte de los sistemas jurídicos sin tener un sentido preciso, y todavía menos un sentido determinable. Es importante, por lo tanto, extraer un criterio de apreciación. Por último, algunos casos tomados de la práctica demuestran que algunos Estados aducen motivos de expulsión que sería difícil vincular al orden público o a la seguridad pública. Tales motivos se deben evaluar a la luz del derecho internacional.

1. ORDEN PÚBLICO Y SEGURIDAD PÚBLICA

78. Las nociones de orden público y seguridad pública se utilizan con frecuencia para fundamentar una expulsión⁸¹.

79. Como se ha visto, la Convención sobre el estatuto de los refugiados y la Convención sobre el estatuto de los apátridas estipulan, en el párrafo 1 del artículo 32 y en el párrafo 1 del artículo 31, respectivamente, que los Estados contratantes no expulsarán a refugiado o apátrida alguno, según el caso, que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, «a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público». Lo mismo se estipula en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, sin embargo, sólo hace referencia a «razones imperiosas de seguridad nacional», y no al orden público, como motivo que pueda justificar la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte. De modo análogo, el Convenio europeo de establecimiento dispone en el párrafo 1 de su artículo 3 que los nacionales de los Estados partes pueden ser expulsados del territorio de otros Estados

⁸⁰ Véanse los instrumentos y la jurisprudencia internacional citada en los informes segundo, tercero y quinto sobre expulsión de extranjeros (respectivamente, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, y *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611).

⁸¹ Véase Ducroquetz, *op. cit.*, pág. 55.

partes, donde residen legalmente, si son una amenaza para la seguridad del Estado o si han contravenido el orden público. Por extensión, se puede considerar que esos dos motivos de expulsión se aplican a todos los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión y que la violación de la legislación relativa a la entrada y residencia de extranjeros puede ser motivo suficiente de expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado; ello sin perjuicio de la protección que ofrecen ciertas leyes nacionales a ciertas categorías de extranjeros en situación irregular, en función de consideraciones variables, como se verá más adelante, según los Estados.

80. En cualquier caso, ni los instrumentos internacionales anteriormente citados ni la jurisprudencia internacional definen de manera precisa los conceptos de orden público y seguridad pública; por esa razón, el derecho interno de cada país y la jurisprudencia regional serán de valiosa ayuda a este respecto.

a) Orden público

81. La noción de orden público no es unívoca, y con frecuencia se le ha reprochado ser maleable y manipulable a voluntad, por no tener un contenido preciso e inmutable. Es evidente además que su significado varía según se emplee en el ordenamiento interno de un Estado o en el ordenamiento internacional, o incluso en el sentido de «orden público» europeo por ejemplo; o que se aplique a tal materia o a tal otra. Así, el orden público mercantil no tiene el mismo contenido que el orden público en el marco de la policía administrativa. Es en este último marco, que comprende la gestión de las libertades públicas y más especialmente de la residencia de extranjeros, que se considera el concepto de orden público en el presente informe.

82. El *Dictionnaire de droit international public* da una definición significativa del orden público, al decir que se trata de un «conjunto de principios del ordenamiento jurídico interno de un país determinado», que se consideran fundamentales en un momento dado y los cuales no está permitido suspender⁸². Como se ha visto anteriormente, el derecho internacional, en este caso el relativo a la expulsión de extranjeros, se remite a esos principios. En ese sentido, el Protocolo del Convenio europeo de establecimiento dispone que «[t]oda Parte Contratante tendrá derecho a determinar mediante criterios nacionales: 1. las razones relativas al orden público, a la seguridad, a la salud pública o a las buenas costumbres. [...] 3. las circunstancias que constituyen una amenaza a la seguridad del Estado o que atentan contra el orden público o las buenas costumbres». En la sección III del mismo Protocolo se dispone que «a) el concepto de orden público se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales». Así, además de los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que

debido a su particular gravedad y a la reacción del público ante su comisión, ciertas infracciones pueden causar un trastorno social tal que justifique la detención preventiva, al menos durante un tiempo, [...] en

⁸² Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pág. 786. Véanse a este respecto las explicaciones presentadas sobre los conceptos de «orden público europeo» y «orden público internacional» (ibíd., págs. 787 y ss.).

la medida en que el derecho interno reconoce [...] la noción de trastorno del orden público provocado por una infracción⁸³.

La jurisprudencia de derecho internacional privado utiliza la misma técnica de remisión al establecer que los tribunales de un Estado no están obligados a aplicar la ley extranjera sino en el caso de que su aplicación o el respeto de los derechos adquiridos en virtud de la ley de que se trata «no atente contra principios o disposiciones de su legislación nacional considerados esenciales para el orden público»⁸⁴. Finalmente, cabe observar que en sus escritos ante la CIJ en el caso *Certains emprunts norvégiens*, Francia hizo notar que Noruega, al ampliar el ámbito de aplicación de disposiciones que estimaba que su orden público interno requería, se extralimitaba en su derecho, pues «somete a extranjeros que viven fuera de su soberanía a una noción de orden público interno que la propia legislación de los interesados no reconoce»⁸⁵.

83. Más recientemente, en el caso *Diallo*, la CIJ se limitó a constatar que la parte demandada había invocado efectivamente la excepción de orden público como fundamento de la expulsión de la persona encausada, defendida en este caso por su Estado mediante la protección diplomática. En efecto, la Corte considera establecidos los hechos siguientes:

El 31 de octubre de 1995, el Primer Ministro del Zaire dictó un decreto de expulsión contra el Sr. Diallo. Según dicho decreto, la expulsión se debía al hecho de que «la presencia y la conducta [del Sr. Diallo] habían comprometido y continuaban comprometiendo el orden público zaireño, especialmente en materia económica, financiera y monetaria». El 31 de enero de 1996, el Sr. Diallo, que había sido objeto de detención previa, fue sacado del territorio zaireño y devuelto a Guinea por vía aérea. El alejamiento del territorio zaireño fue ejecutado y notificado al Sr. Diallo en forma de acta de devolución por «residencia ilegal», hecha en el aeropuerto de Kinshasa ese mismo día⁸⁶.

La República Democrática del Congo da a este concepto de «orden público» un sentido tan vago que parece abarcar todas las acciones del Sr. Diallo que no encuentra aceptables. En efecto,

agrega que la medida de expulsión del Sr. Diallo se justificaba por las reivindicaciones financieras cada vez más exorbitantes y «manifestamente carentes de fundamento» que éste había formulado contra empresas públicas zaireñas y empresas privadas que realizan actividades en el Zaire, y por la campaña de desinformación que había iniciado y que «estaba destinada a las más altas instancias del Estado zaireño, pero también a muy altas personalidades extranjeras». La República Democrática del Congo subraya que «la suma total que según el Sr. Diallo se debía a las sociedades de las que era director ascendía a más de 36.000 millones de dólares de los Estados Unidos [...], lo que representa casi tres veces el monto de la deuda externa total de la [República Democrática del Congo]». Agrega que «además a las autoridades zaireñas les parecía que el Sr. Diallo había estado implicado en ciertos casos de tráfico de divisas y que, por lo demás, había cometido varias tentativas de corrupción». Por lo tanto, las acciones del Sr. Diallo podrían haber afectado gravemente no sólo el buen funcionamiento de las empresas interesadas, sino también el orden público del Zaire⁸⁷.

⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Letellier c. France*, sentencia del 26 de junio de 1991, *série A n.º 207*, párr. 51.

⁸⁴ Francia, Tribunal de Casación, *État russe c. Ropit*, sentencia del 5 de marzo de 1928, *Journal du droit international (Clunet)*, enero-febrero de 1928, pág. 674.

⁸⁵ *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I-II, respuesta del Gobierno de Francia de 20 de febrero de 1957, pág. 398.

⁸⁶ Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, págs. 590 y 591, párr. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 592, párr. 19.

De los escritos citados por la Corte se desprende además que son las «actividades fraudulentas [del Sr. Diallo] y que atentan contra el orden público las que motivaron su alejamiento del territorio nacional»⁸⁸.

84. Indudablemente, la CIJ, que sólo debía pronunciarse sobre excepciones preliminares, no creyó necesario considerar (en esta etapa del procedimiento) los componentes del concepto de orden público invocado ni tampoco señalar la contradicción entre la invocación del «orden público zaireño» en el decreto de expulsión y la referencia a la «residencia ilegal» en el acta de devolución, y todavía menos arriesgarse a definir ese concepto de orden público. Es muy probable que con su silencio sobre la cuestión pretenda remitir implícitamente a la competencia del ordenamiento jurídico interno en esa materia. Sin embargo, el derecho internacional no puede dejar de extraer algunos criterios de apreciación de la invocación de este motivo (como del de «seguridad pública») a fin de evitar los posibles abusos en el ejercicio por el Estado de una competencia con repercusiones internacionales, sin control alguno. A este respecto, en el derecho interno, en particular el derecho francés, se reconoce que la administración debe atender a las amenazas contra el orden público de las que tenga conocimiento⁸⁹, no debe dejar que subsista una situación ilegal⁹⁰ y, llegado el caso, debe prestar ayuda a la fuerza pública para la ejecución de la cosa juzgada⁹¹. Esta obligación, tanto lógica como de sentido común, es «una condición del respeto de la ley, un corolario de la continuidad del Estado y, simplemente, una exigencia de la vida en sociedad»⁹².

85. En el ordenamiento interno, como en el internacional, la existencia de una finalidad de orden público condiciona la legalidad del acto o de la actuación de la autoridad de policía administrativa. Esa autoridad debe demostrar que persigue un fin de orden público y no solamente un fin de interés general, en el sentido amplio. En caso contrario, habría desviación de poder⁹³.

86. No obstante, cabe observar que, cuando existen textos sobre la materia, generalmente se limitan a fundamentar la competencia de la autoridad policial y rara vez definen el contenido del orden público⁹⁴. Como máximo,

enumeran los componentes de este «estándar» tremendamente indeterminado⁹⁵. La apreciación de la finalidad de orden público es tanto más inasible cuanto que depende esencialmente de consideraciones de hecho y, por tanto, de las circunstancias.

87. Sin que sea necesario entrar aquí a distinguir, como hacen algunos ordenamientos jurídicos, entre orden público «general» (el caso en que la autoridad policial ejerce su competencia sobre un territorio determinado con respecto a toda actividad y persona) y el orden público «especial» (el caso en que se establece en un texto el ámbito de aplicación, el contenido o las modalidades de ejercicio de las facultades de policía), cabe observar que ciertos textos de derecho interno hacen una descripción del contenido del orden público que no es limitativa. En Francia, por ejemplo, del artículo L.2212-2 del Código general de las entidades territoriales se desprende que el orden público comprende, «especialmente», el «buen orden, la seguridad, la protección y la salubridad públicas». Es ese un buen ejemplo de la dificultad de acotar este concepto, pues no solamente la lista de sus componentes no es manifiestamente limitativa, sino que además figura en ella la noción de «seguridad pública» que aparece, en derecho internacional, como un motivo separado de expulsión de un extranjero.

88. Por lo demás, el artículo L.2212-2, párr. 2, asocia al «buen orden» el concepto de «tranquilidad pública», sin que se sepa si ambos conceptos son sinónimos, y la jurisprudencia francesa agrega a los componentes ya mencionados componentes complementarios como la moralidad pública⁹⁶, la dignidad humana⁹⁷ o la estética⁹⁸.

b) Seguridad pública

89. La excepción de «seguridad nacional» o de «intereses esenciales de seguridad» figura en diferentes tratados internacionales que se ocupan de materias tan variadas como el derecho internacional comercial (véase, por ejemplo, el famoso artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o el artículo 2102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), el derecho a la protección de las inversiones internacionales,

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 612, párr. 81.

⁸⁹ Francia, Consejo de Estado, 23 de octubre de 1959, *Doublet, Recueil Lebon* 1959, pág. 540, y 14 de diciembre de 1962, *Doublet, ibid.*, 1962, pág. 680; Consejo de Estado, 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *ibid.*, 1995, pág. 372. Véase, en general, Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*.

⁹⁰ Consejo de Estado, 20 de octubre de 1972, *Ville de Paris c/ Marabout, Recueil Lebon* 1972, pág. 664.

⁹¹ Consejo de Estado, 20 de noviembre de 1923, *Couitéas, Recueil Sirey* 1923, pág. 789.

⁹² Truchet, «L'autorité de police est-elle libre d'agir?», pág. 81.

⁹³ Véase Tchen, «Police administrative. Théorie générale», pág. 24, párr. 64.

⁹⁴ En el Camerún, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 40 del Decreto n.º 2008/377, de 12 de noviembre de 2008, que establece las atribuciones de los jefes de las circunscripciones administrativas y prevé lo necesario para la organización y el funcionamiento de sus servicios, dispone que el Prefecto puede «en caso de amenaza a la seguridad interior o exterior del Estado instaurar personalmente o pedir al funcionario o la autoridad competente que emprenda las acciones necesarias para investigar los crímenes y delitos y llevar a los autores ante los tribunales, en la forma y los plazos establecidos en los instrumentos vigentes».

⁹⁵ Véase Tchen, *loc. cit.*, pág. 26.

⁹⁶ Véanse algunas sentencias anteriores que se refieren a los conceptos de «higiene moral», Consejo de Estado, 7 de noviembre de 1924, *Club sportif indépendant châlonnais, Recueil Sirey* 1924, pág. 863, y conclusión del Sr. Cahen-Salvador (relativa a los combates de boxeo) *Recueil Dalloz* 1924, 3.ª parte, pág. 58; Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960, *Jauffret, Recueil Sirey* 1960, pág. 504 (referente a los motivos de «decencia»).

⁹⁷ Véase especialmente Consejo de Estado, 27 de octubre de 1995, *Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence, Recueil Sirey* 1995, pág. 372; Tribunal Administrativo de Versailles, 25 de febrero de 1992, *Société Fun Productions et Wachenein c/ Commune Morsang-sur-Orge*, y la nota de Christophe Vimbert «Un maire peut-il interdire un spectacle de "lancer de nains"?» (*Actualité Juridique de Droit Administratif* 1992, pág. 525); véase también Flauss, «L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme»; véase asimismo Consejo Constitucional, 19 de enero de 1995, decisión n.º 94-359 D.C., considerando 6, y Consejo Constitucional, 27 de julio de 1994, decisión n.º 94-343, considerando 2.

⁹⁸ Véase en especial, a propósito de la legalidad de la conservación de la estética de un lugar público: Consejo de Estado, 2 de agosto de 1924, *Leroux, Recueil Sirey* 1924, pág. 780; Consejo de Estado, 23 de octubre de 1936, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie, ibid.*, 1936, pág. 906.

el derecho a la libertad de circulación o incluso el derecho a la asistencia judicial⁹⁹. Sin embargo, el Relator Especial se interesará esencialmente en los instrumentos de derechos humanos, pues la expulsión de extranjeros afecta a esos derechos más que a las cuestiones que se acaban de mencionar. Al igual que el motivo relativo al orden público, la excepción de seguridad pública figura en particular en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 4 y 13), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 32), la Convención sobre el estatuto de los apátridas (art. 31), el Convenio europeo de derechos humanos (art. 15), la Convención americana sobre derechos humanos (art. 27) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12).

90. El concepto de seguridad pública no es más preciso que el de orden público. La dificultad que presenta la determinación de su contenido se complica debido a cierta imprecisión terminológica. Las expresiones «seguridad pública», o «nacional» o «interior y exterior» y «seguridad nacional», ¿son sinónimas? Las leyes nacionales no ayudan a responder a esta cuestión. Mantienen la confusión, pues unas veces dan la impresión de que se trata de nociones distintas y otras veces de que son intercambiables. El artículo 13 de la Ley sobre los extranjeros de Polonia, de 25 de junio de 1997, menciona en particular la participación en actividades que pongan en peligro la independencia, la integridad territorial, el régimen político y el poder de defensa del Estado, así como el terrorismo y el tráfico de armas y de estupefacientes, pero además cualquier otra razón relacionada con una amenaza a la seguridad del Estado o a la necesidad de protección del orden público. A pesar de esos intentos de formulación, se ha constatado que se trata de nociones vagas y «generales» que dan lugar a interpretaciones arbitrarias¹⁰⁰. Los estudios de derecho internacional sobre la cuestión no parecen prestar especial atención a este problema de terminología, pues emplean las expresiones «seguridad nacional» y «seguridad pública» como si fueran equivalentes¹⁰¹. Por lo tanto, por comodidad práctica, se optará también por el criterio que las considera sinónimos.

91. ¿Qué es, pues, la seguridad pública, entendida como la misma cosa que la expresión seguridad nacional?

92. La expresión se utiliza ampliamente en todas las legislaciones nacionales, sin que por eso se le dé una definición. Se dice que es un concepto vago, elástico e impreciso, a tal punto, declara un autor estadounidense, que es posible considerar que todo lo que sucede en el país afecta de un modo u otro a la seguridad nacional¹⁰². Según una autora, la seguridad nacional abarca «toda amenaza capaz de poner en peligro la independencia de un Estado o su soberanía, o de atentar contra sus instituciones o las

libertades democráticas»¹⁰³, en tanto que el orden público abarca «delitos especialmente graves»¹⁰⁴. Esta dificultad para definir el concepto ha sido subrayada también por algunos tribunales nacionales. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su decisión *United States v. United States District Court*, observa que «habida cuenta de la dificultad para definir el interés de la seguridad nacional, el peligro de abuso al actuar para proteger dicho interés es evidente». Igualmente, el Tribunal Supremo de Australia ha puesto de relieve el carácter elástico de este concepto en la causa *Church of Scientology Inc. v. Woodward*, de 1982, en que subrayó que «la seguridad es un concepto de contenido variable que depende mucho de las circunstancias que existan en cada momento»¹⁰⁵.

93. Se ha podido constatar la existencia de elementos de la definición del «concepto de seguridad nacional» en algunos países; y, renunciando a examinar de manera sistemática la forma en que cada ordenamiento jurídico ha tratado de fijar los límites de este concepto, Christakis dice que

basta, por el momento, observar que: *a*) parece generalmente aceptado que el término abarca tanto las amenazas externas como internas; *b*) a los gobiernos no parece correrles mucha prisa por dar una definición precisa (y *a fortiori* una definición no restrictiva) de este término, sin duda con el fin de preservar su libertad de acción; y *c*) que los riesgos que se derivan del carácter impreciso del concepto han sido denunciados con frecuencia por la sociedad civil y a veces incluso por los tribunales nacionales¹⁰⁶.

94. En el plano internacional, puesto que las convenciones internacionales que mencionan la seguridad pública como motivo de expulsión nada dicen¹⁰⁷ respecto de su definición, habría que recurrir a la jurisprudencia.

95. En años recientes, la amenaza contra la seguridad nacional como resultado del terrorismo internacional ha sido una consideración cada vez más frecuente en la expulsión de extranjeros. Algunos Estados han modificado su legislación nacional a fin de abordar de manera más eficaz este problema, como es el caso de Francia¹⁰⁸, Alemania¹⁰⁹, Italia¹¹⁰ y los Estados Unidos¹¹¹. El Reino Unido ha

¹⁰³ Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration – Enjeux et perspectives*, pág. 197.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Hanks cita estas dos decisiones en «National Security – A Political Concept», pág. 118, y Christakis las retoma (*loc. cit.*, pág. 11).

¹⁰⁶ Christakis, *loc. cit.*, pág. 12.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, la Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes (art. 6, párr. 1).

¹⁰⁸ Proyecto de ley relativa a las condiciones que permiten la expulsión de las personas a las que se refiere el artículo 26 del Decreto n.º 45-2658, de 2 de noviembre de 1945, aprobado por la Asamblea Nacional de Francia en primera lectura el 17 de junio de 2004 (n.º 309).

¹⁰⁹ «Estados de Alemania como Baviera recurren a la Ley federal del 1.º de enero de 2005 que les permite expulsar a los extranjeros que residen legalmente en el país que ‘apoyen o promuevan actos de terrorismo’ o que inciten al odio contra otros sectores de la población» (Benjamin Ward, «Expulsion Does Not Help», *International Herald Tribune*, 2 de diciembre de 2005). Véase Alemania, Ley de 2004, arts. 54, 4) y 6) y 55, 2), 8, *a*), en los que se han incorporado las disposiciones pertinentes contra el terrorismo.

¹¹⁰ «Italia ha expulsado al menos a cinco imanes desde 2003, y la Ley de lucha contra el terrorismo aprobada el 31 de julio de 2005 facilita aún más ese tipo de expulsión» (artículo del *International Herald Tribune* citado en la nota precedente). Véase en general, Italia, Ley de 2005.

¹¹¹ Véase Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, *a*), 3, B) y F) y 237, *a*), 4, B) y el título V en general, donde figuran las disposiciones relativas a la lucha contra el terrorismo.

⁹⁹ Véase Christakis, «L'État avant le droit? L'exception de 'sécurité nationale'», págs. 16 a 22. Las elaboraciones subsiguientes se inspiran en gran medida en este estudio.

¹⁰⁰ Véase el informe de Manuela Aguiar, Relatora de la Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, informe de 27 de febrero de 2001, doc. 8986.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Según T. Emerson («National Security and Civil Liberties: Introduction», *Cornell Law Review*, vol. 69 (1984), pág. 686), «la realidad es que virtualmente no puede decirse nada en el país, de una manera o de otra, que incumba a nuestra 'seguridad nacional'» (citado por Christakis, *loc. cit.*, pág. 10 y nota 27).

anunciado una nueva política con respecto a la deportación por actividades relacionadas con la apología o la incitación al terrorismo, y está pendiente de ser aprobada una nueva legislación al efecto¹¹². El concepto de «seguridad nacional» puede interpretarse de forma amplia para incluir actos o amenazas dirigidos contra la existencia o la seguridad externa del Estado territorial así como posiblemente de otros Estados, como se verá a continuación.

96. Cabe observar que la jurisprudencia de la CIJ no es de gran ayuda para delimitar este concepto. En cambio, la de otros tribunales internacionales regionales, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ofrece más interés con respecto a esta cuestión. En efecto, ese Tribunal ha debido pronunciarse con frecuencia sobre la definición y el contenido de la excepción de «seguridad pública», y ha optado, evidentemente, por un concepto amplio de este término. Por ejemplo, en el asunto *Svenska Journalistförbundet c. Consejo de la Unión Europea*, la parte demandante sugería que a falta de una definición del concepto de seguridad pública en la Decisión 93/731 del Consejo de la Unión Europea que introducía esa excepción al principio de divulgación de los documentos del Consejo, la excepción se podría definir como aquella que se aplica a

los documentos o extractos de documentos cuyo acceso al público expondría a los ciudadanos de la Comunidad, a las instituciones o las autoridades de los Estados miembros a actos de terrorismo, a la criminalidad, al espionaje, a las insurrecciones, a la subversión y a la revolución, u obstaculizaría directamente los esfuerzos de las autoridades destinados a evitar tales actividades¹¹³.

El Consejo de la Unión Europea, respaldado por Francia y el Reino Unido, estimaba, en cambio, que

en modo alguno resulta necesario para la aplicación de la Decisión 93/731 definir la seguridad pública en un sentido restrictivo. El concepto de seguridad pública debería definirse de una manera flexible con el fin de tener en cuenta los cambios de circunstancias¹¹⁴.

¹¹² Tras los atentados con bombas en el transporte público de Londres el 7 de julio de 2005, el Ministro del Interior del Reino Unido, Sr. Charles Clark, anunció que haría uso de sus facultades para expulsar del país a cualquier extranjero que intentara hacer apología del terrorismo o incitar a otros a cometer actos terroristas, por cualquier medio, comprendidos los siguientes: 1) escribir, preparar, publicar o distribuir material impreso, 2) hablar en público, incluida la predicación, 3) dirigir un sitio web, o 4) valerse de un cargo de responsabilidad como el de profesor o dirigente comunitario o juvenil para expresar opiniones que: a) fomenten o justifiquen la violencia terrorista o hagan apología de ella en aras de una determinada creencia, b) traten de incitar a otros a cometer actos de terrorismo, c) alienten a la comisión de otros actos delictivos graves o traten de incitar a otros a cometerlos, o d) inciten al odio, que a su vez puede desencadenar la violencia entre las comunidades en el Reino Unido (comunicado de prensa del Ministerio del Interior, 118/2005, «Exclusion or Deportation from the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document», 5 de agosto de 2005). De ser promulgado el proyecto de ley contra el terrorismo que se encontraba ante el Parlamento: «1) se tipificaría como delito la incitación al terrorismo o su enaltecimiento; 2) se tipificaría como delito la actividad de las librerías extremistas que difundan material radical; 3) se tipificaría como delito el hecho de impartir o recibir adiestramiento para el terrorismo o de frecuentar un 'campo de adiestramiento para el terrorismo'; 4) se tipificaría como delito la planificación de actos de terrorismo o la preparación para cometerlos; 5) se ampliaría a tres meses el límite máximo de la detención preventiva en los casos de terrorismo, y 6) se ampliarían los motivos de interdicción para combatir a los grupos que hagan apología del terrorismo» (comunicado de prensa del Ministerio del Interior, 148-2005).

¹¹³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998, asunto T-174/95, *Recopilación de Jurisprudencia 1998*, pág. II-02289, esp. párr. 91.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 95.

El Tribunal de Primera Instancia se adhirió a la posición defendida por el Consejo. Para el Tribunal, «[l]a jurisprudencia del Tribunal de Justicia revela que el concepto de seguridad pública no tiene un único significado»¹¹⁵.

97. En efecto, cabe observar que según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde 1991, la noción de «seguridad pública» abarca, al igual que el concepto interno de la mayoría de los Estados, no sólo la seguridad interior de un Estado miembro de la UE, sino también su seguridad exterior, que por lo demás se concibe de manera más bien amplia, como se desprende de la sentencia *Leifer*, de 17 de octubre de 1995¹¹⁶. Esta interpretación amplia del concepto de seguridad pública aparece también en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1984, dictada en el asunto *Campus Oil*, referente al abastecimiento de productos petrolíferos¹¹⁷. Aparentemente, la comparten otros tribunales, también en ámbitos que no están directamente relacionados con los derechos humanos. Es el caso de los cuatro tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como lo demuestran los laudos emitidos entre el 12 de mayo de 2005 y el 28 de septiembre de 2007 en el marco de procedimientos entablados por inversionistas extranjeros contra la Argentina por las medidas adoptadas por ese Estado entre 2000 y 2003 para hacer frente a la grave crisis financiera que atravesaba en ese momento¹¹⁸.

98. En cambio, en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos se ha intentado a veces dar una interpretación restrictiva de lo que se puede permitir a título de la excepción de seguridad pública, con el fin de evitar los abusos, especialmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Es así como, en un informe reciente presentado a la Asamblea General, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Scheinin, aduce que solamente se puede

invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando esas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público ni utilizarla como pretexto para [una expulsión]¹¹⁹.

En 1994, la Comisión de Derechos Humanos, además de reconocer que el concepto de orden público es bastante «vago», precisó que la seguridad nacional está en peligro «en los casos más graves, cuando exista una amenaza política o militar directa contra todo el país»¹²⁰.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 121.

¹¹⁶ Asunto C-83/94, *ibid.*, 1995, pág. I-03231, esp. párrs. 27 y 28.

¹¹⁷ *Ibid.*, 1984, pág. 00651.

¹¹⁸ Respecto de estos laudos arbitrales, véase Christakis, *loc. cit.*, págs. 14 a 16. Véase también, por ejemplo, el laudo del 12 de mayo de 2005 dictado en el caso *CMS Gaz Transmission Company c. The Argentine Republic* (*ibid.*, pág. 15 y nota 45).

¹¹⁹ A/61/267, 16 de agosto de 2006, párr. 19.

¹²⁰ Comisión de Derechos Humanos, Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 51.º período de sesiones, 19 de diciembre de 1994 (E/CN.4/1995/32), párr. 48.

99. La vaguedad de los conceptos de orden público y seguridad pública expone al riesgo de que la facultad de apreciar la conducta del extranjero se ejerza en forma arbitraria por el Estado autor de la expulsión. En efecto, en algunos casos bastará con que el extranjero sea considerado indeseable para que se le expulse por menoscabo del orden público o amenaza a la seguridad nacional.

2. CRITERIOS DE APRECIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO Y DE SEGURIDAD PÚBLICA

100. Así pues, el derecho de entrada y de residencia de extranjeros en un Estado se entiende sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público o de seguridad pública. Como se ha visto, la práctica internacional se remite al ordenamiento jurídico nacional para la determinación del contenido de esos motivos. La cuestión es saber si el Estado dispone de una facultad discrecional absoluta de apreciación en la materia.

101. La respuesta a esta cuestión es negativa a la luz de la doctrina, la jurisprudencia internacional y la posición de ciertos Estados¹²¹, así como de la posición de la Comisión Europea sobre el alcance de las reservas de orden público (que, en opinión del Relator Especial, se podría hacer extensivo al motivo de seguridad pública). A pesar de la amplia discrecionalidad de que disponen los Estados para evaluar una amenaza contra la seguridad nacional, algunos autores estiman que el motivo de la seguridad nacional para la expulsión puede estar sujeto al requisito de proporcionalidad:

Algunos tratados requieren que los Estados no expulsen a los extranjeros a menos que existan razones específicas [por ejemplo, seguridad nacional]. [...] Sería difícil denegar al Estado expulsor cierta discrecionalidad a la hora de determinar si existe un peligro para la seguridad nacional y si en ese caso concreto la presencia de la persona en cuestión afecta a dicha seguridad. Queda claro que el Estado expulsor es el que está en mejor posición para evaluar la existencia de una amenaza a su propia seguridad y orden público. El Estado considerará esta cuestión tomando como base las circunstancias de las que tenga conocimiento en el momento de la expulsión; cualquier evaluación *a posteriori* sería injusta¹²².

Por tanto, desde el punto de vista de un órgano supervisor parecería justificado dejar al Estado expulsor un «margen de discrecionalidad», para utilizar términos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. Este margen no sólo afecta a la facultad de control (de la decisión de expulsión) que pueda tener un órgano judicial o de otro tipo, sino también al alcance de la obligación del Estado.

¹²¹ En Francia, por ejemplo, el magistrado administrativo no reconoce a las autoridades de policía la facultad de apreciación discrecional en materia de orden público. Verifica si la perturbación o la amenaza de ella es «suficientemente grave» para justificar la medida adoptada, y no vacila en hacer prevalecer su propia apreciación de la situación concreta, que sustituye a la de la autoridad municipal. De hecho, considera la oportunidad una condición de la legalidad: véase la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente en las sentencias: *Benjamin* (19 de mayo de 1933, *Recueil Sirey* 1933, t. 103, pág. 541, conclusiones de Michel); *Ville Brest c. Laurent* (8 de diciembre de 1989, n.º 71172, *Juris-Data*, n.º 1979, cuadros pág. 653); *Bedat c. Commune de Borce* (29 de junio de 1990, n.º 75140, conclusiones de Toutée, nota de Cardon, inédito en *Recueil Lebon*), y la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos en la sentencia *Commune de Tarbes* (26 de abril de 1999, n.º 97BX01773, inédito en *Recueil Lebon*); y de Laubadère y otros, *Traité de droit administratif*.

¹²² Gaja, *loc. cit.*, pág. 296.

102. Cuando se aplican las restricciones en cuestión, también es necesario que haya proporcionalidad. En otras palabras, «aun cuando un Estado tenga derecho a considerar que un extranjero constituye un peligro para la seguridad nacional, la expulsión sería no obstante excesiva si el peligro considerado es sólo mínimo»¹²³. La jurisprudencia internacional relativa al laudo arbitral emitido en el caso *J. N. Zerman v. Mexico* confirmó con claridad el derecho del Estado a expulsar a todo extranjero por motivos relacionados con la seguridad nacional. No obstante, señaló que en una situación en que no hay guerra, el Estado no puede expulsar a un extranjero que constituya una amenaza para la seguridad nacional sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo.

El árbitro considera que, estrictamente hablando, el Presidente de la República de México tenía derecho a expulsar de su territorio a un extranjero que pudiera considerarse peligroso, y que, durante un período de guerra o de alteraciones del orden público, puede ser necesario ejercer este derecho aun basándose en una mera sospecha; no obstante, en el caso presente no había guerra, y las razones de seguridad no podían alegarse como motivo para expulsar al reclamante sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo; no obstante, si el Gobierno de México tenía razones para llevar a cabo la expulsión, al menos estaba obligado a demostrar esas acusaciones ante la comisión. La mera afirmación, o la declaración del cónsul de los Estados Unidos en un despacho enviado a su Gobierno, de que el reclamante estaba empleado por las autoridades imperialistas no parece ser, a juicio del árbitro, suficiente prueba de que ello fuera así, ni suficiente motivo para llevar a cabo la expulsión¹²⁴.

103. Parece, en efecto, a la luz del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en particular, que el orden público no ofrece a los Estados un motivo general de intervención y que no se puede invocar al margen de las hipótesis previstas expresamente:

para poder invocar el artículo 36 [nuevo artículo 30], los Estados miembros deben mantenerse dentro de los límites señalados por esta disposición en lo que respecta tanto al objetivo que deba alcanzarse como a la naturaleza de los medios¹²⁵.

Por otra parte, el carácter mixto del concepto de orden público reconocido actualmente por la doctrina¹²⁶ tiene como consecuencia que ese concepto conserva, en razón de su objeto, una fuerte dimensión nacional, objeto que depende de circunstancias concretas propias de un espacio y un tiempo determinados¹²⁷; pero en el ordenamiento comunitario europeo eso no significa, sin embargo, que los Estados sean libres de definirlo e interpretarlo según sus propias prácticas y tradiciones¹²⁸.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *J. N. Zerman v. Mexico*, citado en Moore, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been Party*, vol. IV, pág. 3348.

¹²⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Italia, Recopilación de Jurisprudencia 1968*, pág. 241.

¹²⁶ Véase, en especial, Picard, «L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», pág. 62; Poillot-Peruzzetto, «Ordre public et droit communautaire», pág. 177; y Hubeau, «L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire», pág. 212.

¹²⁷ Véase Picheral, «Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public», *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 650, 5 de febrero de 2007, pág. 6.

¹²⁸ Comisión Europea, Comunicación relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, en materia de seguridad y salud pública, 19 de julio de 1999, Com/99/372 final.

104. Ciertamente, ese razonamiento se inserta en un ordenamiento jurídico integrado basado en un tratado que se impone a todos los Estados miembros y no se puede trasladar en forma mecánica al ordenamiento internacional. Se puede, por tanto, reconocer, a la luz de la práctica de los Estados, que contrariamente a esta concepción de la apreciación del orden público en el marco del derecho comunitario europeo, parecería que los Estados son libres de definir e interpretar el concepto de orden público conforme a sus propias prácticas y tradiciones, en el marco del derecho de extranjería. Sin embargo su libertad en la materia no sería absoluta, ya que, al tratarse de una materia que afecta a los derechos y libertades de la persona, todo acto del Estado estará limitado necesariamente por la exigencia de que se ajuste a las normas pertinentes de derecho internacional o que no las contravenga, en particular las normas relativas a la protección de los derechos humanos. Pues en este caso es precisamente el derecho internacional el que establece el orden público y la seguridad como motivos de expulsión, y por tanto como excepciones al derecho de residencia de los extranjeros, en particular los que se encuentran en situación legal. Por lo tanto, el Estado sólo puede determinar en forma unilateral el alcance de esas excepciones de conformidad con el derecho internacional y bajo el control de éste. De acuerdo con las ideas de Venezia sobre «la facultad discrecional», el Estado debe hacer uso de su facultad de expulsión «teniendo en cuenta las circunstancias particulares en cada uno de los casos que se le someten, lo que obliga a proceder a un examen previo de las circunstancias»¹²⁹. La Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, estipulaba en su artículo 3, párr. 1, que tales medidas «deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo»¹³⁰, lo que es una réplica exacta de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹³¹. Igualmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recuerda sistemáticamente esta regla en su jurisprudencia.

105. En el asunto *Bonsignore*, de 26 de febrero de 1975¹³², el imputado era de nacionalidad italiana, residía en la República Federal de Alemania y había sido condenado por infracción a la ley de armas y por homicidio por imprudencia. La autoridad competente en materia de policía de extranjeros había ordenado su expulsión. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, encargado de pronunciarse sobre la validez de esta decisión de expulsión a raíz de una remisión prejudicial

del Tribunal Contencioso-Administrativo de Colonia, recuerda en primer lugar que el párrafo 1 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE dispone que «[l]as medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen»¹³³. Precisa que no pueden, por tanto, argumentarse «justificaciones que no estén relacionadas con el caso individual»¹³⁴. El Tribunal recuerda a continuación que el objetivo de la Directiva es eliminar toda discriminación «entre los nacionales del Estado de que se trate y los ciudadanos de los demás Estados miembros»¹³⁵ y concluye que «el concepto de ‘comportamiento personal’ refleja la exigencia de que una medida de expulsión sólo podrá aplicarse ante amenazas contra el orden público o la seguridad pública cuyo causante pudiera ser el individuo a quien se aplique dicha medida»¹³⁶. Por consiguiente, no se puede decidir una expulsión con el fin de disuadir a los demás extranjeros de cometer cualquier delito similar a aquel de que se trata. Dicho de otro modo, se debe dictar una orden de expulsión únicamente por razones de prevención y no basada «en motivos de ‘prevención general’»¹³⁷.

106. La Directiva 2004/38/CE consagra esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al prever que «[n]o podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general» (art. 27, párr. 2, segundo apartado *in fine*). Debe tratarse pues, en todo caso, de un comportamiento personal y no de una consecuencia de la adopción de medidas de orden general para el mantenimiento del orden público y la seguridad pública.

107. Siguiendo con la búsqueda de inspiración en el derecho comunitario europeo respecto a este punto relativo a los criterios de apreciación del concepto de orden público (y de seguridad pública), cabe observar que el Consejo de las Comunidades Europeas, consciente de los riesgos que presentaba una facultad discrecional de suspensión de la libre circulación de las personas, había adoptado, desde el 25 de febrero de 1964, la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública¹³⁸. Aunque no definía esos conceptos, la Directiva comunitaria subordinaba no obstante su invocación a varias condiciones, tanto de fondo como de procedimiento. Este marco jurídico ganó en precisión y densidad posteriormente gracias a las respuestas prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en la actualidad está codificado y se ha enriquecido en el marco de la Directiva 2004/38/CE.

108. Cabe observar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagra expresamente la exigencia de respeto de los derechos

¹²⁹ Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, págs. 138 y 139.

¹³⁰ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 850/64, 4 de abril de 1964, pág. 37.

¹³¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 158, 30 de abril de 2004, pág. 114.

¹³² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 26 de febrero de 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, asunto 67/74, *Recopilación de Jurisprudencia 1975*, pág. 00297; conclusiones del Abogado General Mayras, presentadas el 19 de febrero de 1975, pág. 308.

¹³³ *Ibíd.*, párr. 5.

¹³⁴ *Ibíd.*, párr. 6.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 5.

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 6.

¹³⁷ *Ibíd.*, párr. 7.

¹³⁸ Véase la nota 130 *supra*.

fundamentales en caso de invocación del orden público. En efecto, según la jurisprudencia en el asunto *Elliniki*¹³⁹, las reservas de orden público deben aplicarse en un contexto común de respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos¹⁴⁰. Subraya que, en su conjunto, las limitaciones aplicadas a las facultades de los Estados en materia de policía de los extranjeros son la manifestación específica de un principio más general consagrado por diferentes disposiciones del Convenio europeo de derechos humanos en virtud de las cuales los menoscabos de los derechos garantizados no pueden rebasar aquello que es necesario para la salvaguardia de las necesidades de orden público y seguridad pública «en una sociedad democrática»¹⁴¹. Por consiguiente, un Estado solo puede aplicar esas limitaciones si la reglamentación o las medidas restrictivas del caso se ajustan a los derechos fundamentales¹⁴².

109. Uno de los criterios para determinar la conformidad con los derechos fundamentales es que haya un justo equilibrio entre la protección del orden público y el interés de la persona. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en ese sentido, en particular en el asunto *Orfanopoulos y Oliveri*¹⁴³, en el que calcó su jurisprudencia a ese respecto en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Boutif*¹⁴⁴. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para valorar si la medida restrictiva es *proporcionada*, conviene tener en cuenta la naturaleza de la gravedad de la infracción cometida, la duración de la residencia en el territorio del Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde la comisión de la infracción, la situación familiar del interesado y la gravedad de las dificultades que pueden presentarse al cónyuge y los hijos en el país de origen del interesado¹⁴⁵.

110. No hay que olvidar de que las excepciones por motivos de orden público y de seguridad pública se inscriben en este caso en el marco comunitario europeo donde el Tribunal de Justicia, la Comisión Europea y muchos jurisprudencia sostienen que el concepto de ciudadanía europea exige que se defina con mayor precisión el alcance de las excepciones¹⁴⁶ ya citadas de policía administrativa,

¹³⁹ Asunto C-260/89, *Recopilación de Jurisprudencia 1991*, pág. I-02925.

¹⁴⁰ Véase la nota 128 *supra*.

¹⁴¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Rutili*, 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Recopilación de Jurisprudencia 1975*, pág. 325, párr. 32.

¹⁴² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Elliniki* (nota 139 *supra*), pág. 2964, párr. 43, referente a la libre prestación de servicios. Para la aplicación a la exigencia imperativa del interés general en el ámbito de la libre circulación de mercancías, véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 26 de junio de 1997, asunto C-368-95, *Vereignite Familiapress*, *Recopilación de Jurisprudencia 1997*, pág. I-3717, párr. 24.

¹⁴³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Orfanopoulos y Oliveri*, 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Recopilación de Jurisprudencia 2004*, pág. I-5327, párrs. 96 y 97.

¹⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boutif c. Suisse*, demanda n.º 54273/00, 2 de agosto de 2001, *Recueil des arrêts et décisions 2001-IX*, párr. 48.

¹⁴⁵ Asunto *Orfanopoulos y Oliveri* (nota 143 *supra*), párr. 99; véase también la Directiva 2004/38/CE, art. 38.

¹⁴⁶ Asunto *Orfanopoulos y Oliveri* (nota 143 *supra*), párr. 65; doc. COM/99/372 final (nota 128 *supra*), párr. 8; Lhernoud, «Les mesures

esto es, de los motivos de legalidad o de oportunidad ajenos a la conducta del destinatario¹⁴⁷.

111. No existe en los textos internacionales o comunitarios ni en la legislación nacional que el Relator Especial ha tenido ocasión de consultar una definición del concepto de conducta personal en el contexto de la expulsión. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estimado conveniente proporcionar algunas precisiones sobre ese punto. Así, en el asunto *Van Duyn*, el Tribunal juzgó que la afiliación a un grupo o a una organización, en cuanto indica una participación en sus actividades y una identificación con sus fines, puede ser considerada un acto voluntario del interesado y, por tanto, parte integrante de su conducta¹⁴⁸. En el asunto *Rutili*, que se refiere a una prohibición de permanencia en cuatro departamentos franceses donde la presencia del interesado, a juicio del Ministerio del Interior, hubiera podido causar perturbaciones, teniendo en cuenta las actividades sindicales y políticas que había desplegado en 1967 y 1968, el Tribunal de Justicia admitió que la mera presencia del ciudadano comunitario podía ser percibida como un peligro para el orden público, lo que justificaría que se impusieran restricciones al derecho de residencia y circulación en el territorio de los Estados miembros¹⁴⁹. Estas aclaraciones no fueron invalidadas ni confirmadas en la Directiva 2004/38/CE, que se limitó a recordar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que «la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»¹⁵⁰. En efecto, según la jurisprudencia *Rutili y Bouchereau*¹⁵¹ relativa a la libre circulación, la invocación del orden público supone, en todo caso, que más allá de la perturbación del orden social que constituye toda infracción de la ley, existe una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

112. La Directiva europea 2004/38/CE prohíbe que se recurra a consideraciones relacionadas con la prevención general para invocar el orden público y la seguridad pública. Como ya se indicó (párr. 106 *supra*), el párrafo 2 del artículo 27 dispone que «[n]o podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general». La conducta de la persona interesada debe representar una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Sin embargo, el intento del Tribunal de aclarar el concepto de «amenaza» sigue siendo insuficiente. ¿Qué se entiende por amenaza «actual»? ¿Qué ocurre si, por ejemplo, en el momento de ejecutarse la decisión de expulsión ha transcurrido un

nationales d'éloignement du territoire sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?»; y Karydis, «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», pág. 8.

¹⁴⁷ Véase Distel, «Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense», pág. 169.

¹⁴⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Van Duyn*, 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, *Recopilación de Jurisprudencia 1974*, pág. 532.

¹⁴⁹ Asunto *Rutili* (nota 141 *supra*), pág. 319.

¹⁵⁰ Art. 27, párr. 2, segundo apartado.

¹⁵¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Recopilación de Jurisprudencia 1977*, pág. 2014.

largo período desde su adopción? Ni el texto del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrecen indicaciones más precisas sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar el carácter «actual» de la amenaza. La Comisión se ha referido a la influencia que tiene la existencia de condenas penales anteriores en la apreciación de la amenaza que puede representar el interesado para el orden público o la seguridad pública, insistiendo en la importancia de que se tome en consideración el tiempo transcurrido y la evolución de la situación de la persona interesada. La Comisión Europea ha estimado que de la manera como haya evolucionado la situación del interesado reviste particular importancia en los casos en que la amenaza se determina mucho tiempo después de la comisión de los actos que amenazan el orden público o cuando ha transcurrido un largo período entre la adopción de la decisión inicial y su ejecución, y el interesado ha hecho uso de su derecho de presentar un nuevo recurso. Al examinar las razones de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, la buena conducta deberá tener la misma importancia que tendría en el caso de un nacional del Estado de que se trate¹⁵².

113. El legislador comunitario europeo, en su interés por limitar en la mayor medida posible los abusos de los Estados al invocar el orden público con fines de expulsión, ha previsto en el artículo 27, párr. 2, de la Directiva 2004/38/CE que «[l]a existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar» medidas fundadas en el orden público o la seguridad pública. Además, y esto representa una aportación importante, el legislador ha precisado que «cuando una orden de expulsión» emitida como pena o medida accesoria «vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de las circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que emitió la orden de expulsión» (art. 33, párr. 2). Toda expulsión debe estar justificada en función del riesgo que continúa representando el interesado al orden público y la seguridad pública, y debe examinarse a la luz de la situación personal y actual del individuo objeto de la medida¹⁵³.

114. El Tribunal de Justicia emitió su decisión en el asunto *Orfanopoulos y Oliveri*¹⁵⁴ basándose en esas normas. El Tribunal interpretó en su sentencia el concepto de amenaza actual. En ese caso concreto dos ciudadanos de la UE, uno de nacionalidad griega y el otro de nacionalidad italiana, habían sido objeto de una decisión de expulsión motivada por infracciones graves y por el riesgo de reincidencia. Los interesados habían establecido legalmente su residencia en territorio alemán. El Tribunal recuerda ante todo que, de conformidad con el artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, «el principio de la libre circulación de personas debe ser interpretado en sentido amplio [...], mientras que las excepciones a dicho principio deben interpretarse de

modo restrictivo»¹⁵⁵. Recuerda luego que, según su propia jurisprudencia, una infracción atenta contra el orden público si plantea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. De hecho, «[s]i bien un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro»¹⁵⁶, la excepción de orden público debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal sólo puede justificar una expulsión en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena «pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público»¹⁵⁷. No obstante, el Tribunal no se conformó con retomar su jurisprudencia anterior, sino que precisó, por invitación de la Abogada General, que el carácter actual de la amenaza debe valorarse teniendo presentes todos los elementos y factores pertinentes. En efecto, como indicó la Abogada General, Sra. Stix-Hackl, el problema reside en que ni el artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE, ni la jurisprudencia del Tribunal precisan qué fecha ha de utilizarse para determinar el carácter «actual» de la amenaza¹⁵⁸. El Tribunal responde que los tribunales nacionales deben tener en cuenta los hechos efectivamente acaecidos después de la decisión de expulsión, en la medida en que éstos pueden revelar «la desaparición o la considerable disminución de la amenaza» actual. Esto puede ocurrir si ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de adopción de la medida de expulsión y el momento de su examen¹⁵⁹. Por ello es preciso tener en cuenta todas las circunstancias, incluidos los hechos que se hayan producido después de la decisión de expulsión, que hayan podido reducir o eliminar sustancialmente el peligro que representa la persona para el orden público. Esta solución fue confirmada en el marco del recurso interpuesto por un ciudadano de nacionalidad turca contra las autoridades alemanas a propósito de un procedimiento de expulsión del territorio alemán¹⁶⁰. El Tribunal de Justicia decidió, de conformidad con la Directiva 64/221/CEE, con su propia jurisprudencia y con las disposiciones del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía¹⁶¹ que,

los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta, al examinar la legalidad de una medida de expulsión [...] los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate¹⁶².

115. En efecto, la necesidad de conciliar las medidas de orden público con el principio (fundamental en el

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pág. I-5317, párr. 64.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 67.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, pág. I-5318, párr. 67.

¹⁵⁸ Véase la nota 154 *in fine*.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, pág. I-5322, párr. 82.

¹⁶⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, asunto C-467/02, sentencia de 11 de noviembre de 2004, *Recopilación de Jurisprudencia 2004*, pág. I-10924; conclusiones del Abogado General Sr. Léger, presentadas el 10 de junio de 2004, pág. I-10898.

¹⁶¹ Firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963, concluido, aprobado y confirmado por la decisión del Consejo 64/732/CEE de 23 de diciembre de 1963, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 11/Vol.01, pág. 18.

¹⁶² Asunto *Cetinkaya* (nota 160 *supra*), párr. 47.

¹⁵² Véase la nota 128 *supra*.

¹⁵³ Véase Ducroquetz, *op. cit.*, pág. 116.

¹⁵⁴ Asunto *Orfanopoulos y Oliveri* (nota 143 *supra*), pág. 5305, párr. 20; conclusiones de la Abogada General, Sra. Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, pág. I-5262.

derecho comunitario europeo) de la libre circulación de las personas había llevado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a dictaminar que las autoridades nacionales no deberían valerse, en relación con ciudadanos comunitarios, de «justificaciones que no estén relacionadas con el caso individual»¹⁶³. De ello se desprende que el interesado no puede ser expulsado a título ejemplar «con una finalidad de disuasión respecto a otros extranjeros»¹⁶⁴ —en el caso concreto para hacer respetar la legislación nacional relativa al porte de armas— ni se le puede denegar el permiso de residencia aduciendo que su actividad constituiría apoyo reiterado al banditaje, sin que se haya establecido una conexión con el entorno en ese caso concreto¹⁶⁵. En el mismo orden de ideas, el Instituto de Derecho Internacional enunció en su resolución de 1892 relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros que

[l]a expulsión no debe dictarse en ningún caso en interés privado, para impedir la competencia legítima ni para evitar justas reivindicaciones o las acciones y los recursos que se presentan debidamente ante tribunales o autoridades competentes¹⁶⁶.

116. Aunque el razonamiento anterior se inscribe, en lo esencial, en el ordenamiento jurídico específico de la CE, a juicio del Relator Especial puede aplicarse a los casos de expulsión de extranjeros en el marco más amplio del derecho internacional.

117. Los tribunales nacionales también han conocido de casos de expulsión por motivos de orden público¹⁶⁷. Sus criterios no se alejan de los que se desprenden de la jurisprudencia internacional y regional citada anteriormente.

118. Parece entonces que, en la apreciación o verificación de la validez de los motivos de orden público y de seguridad pública, las circunstancias de hecho, el carácter actual de la amenaza y el contexto específico en que se inscribe la conducta personal del individuo son factores decisivos. Esto se debe a que las excepciones de orden público y de seguridad pública, especialmente en el marco de las normas de derecho relativas a la expulsión, son motivos y no fines. La diferencia entre el fin y el motivo es la siguiente: «Mientras que el fin de un acto es posterior a éste, su motivación lo antecede»¹⁶⁸. El acto que se realiza con miras a alcanzar un fin persigue la realización de un objetivo, que puede ser de

carácter general, en tanto que el acto que responde a un motivo sólo puede realizarse si existe ese motivo. Así, el motivo de un acto administrativo es la situación de derecho o de hecho que lleva a la administración a adoptar esa medida. De los análisis anteriores se deduce que:

a) El Estado no dispone de facultades discrecionales absolutas en la aplicación del menoscabo o la amenaza de menoscabo del orden público o la seguridad pública; está obligado a respetar o a tener en cuenta ciertas consideraciones objetivas¹⁶⁹;

b) La validez de la invocación de motivos de orden público o de seguridad pública depende de que se tengan en consideración ciertos criterios:

— Las circunstancias específicas y la situación de hecho que concurren o son constitutivas del menoscabo o la amenaza de menoscabo del orden público o la seguridad pública; se trata de un principio general de las normas de derecho relativas a la expulsión de extranjeros¹⁷⁰;

— El comportamiento personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad;

— El justo equilibrio entre la protección del orden público y el interés de la persona.

3. OTROS MOTIVOS DE EXPULSIÓN

119. Hay diversos motivos de expulsión que son invocados por los Estados o que están previstos por las legislaciones nacionales sin que sea manifiesto que son, en todos los casos, diferentes de los motivos de orden público y de seguridad pública.

a) *Interés superior del Estado*

120. En derecho internacional, el interés superior del Estado parece ser un factor pertinente para decidir la expulsión de un extranjero por razones de orden público, más que un motivo propiamente dicho.

121. Por otro lado, las leyes nacionales contemplan una serie de motivos para expulsar a un extranjero, que pueden agruparse bajo el concepto general del «interés superior del Estado»¹⁷¹. En particular, el Estado puede expulsar a un extranjero en el que vea un peligro o una amenaza

¹⁶³ Asunto *Bonsignore* (nota 132 *supra*), párr. 6.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁶⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Rezguia Adoui y Dominique Cornuaille c. Estado belga*, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, sentencia de 18 de mayo de 1982, *Recopilación de Jurisprudencia 1982*, pág. 496.

¹⁶⁶ «Règles internationales...», art. 14.

¹⁶⁷ Véase, por ejemplo, Francia, caso *Keledjian*, Tribunal de Casación (Sala Penal), 17 de diciembre de 1937, *Recueil général du droit international*, pág. 69; Luxemburgo, caso *Maffei*, Consejo de Estado (Comité de lo Contencioso), 12 de noviembre de 1980, *Pasicrisie Luxembourgaise*, t. XXV, 1981-1983, pág. 95 (véase también ILR, vol. 73, págs. 652 y 653); Francia, caso *Salom*, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, t. 110, 1940 (véase también *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (vol. suplementario), págs. 198 y 199).

¹⁶⁸ De Fay, «Police municipale», pág. 26.

¹⁶⁹ Goodwin-Gill considera que «[e]l orden público no puede ser un concepto determinado únicamente en función de criterios nacionales» («The limits of the power of expulsion in public international law», pág. 154).

¹⁷⁰ Véase Darut, *De l'expulsion des étrangers. Principe général – Applications en France*, según el cual «no es el hecho brutal del trastorno que ocasiona lo que impulsa al Estado a expulsar, sino las circunstancias» (pág. 64).

¹⁷¹ Véase el Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 214. El examen de las legislaciones nacionales sobre este punto se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 377 a 379.

para sus intereses nacionales¹⁷² o públicos, sus intereses fundamentales¹⁷³, sus intereses sustanciales¹⁷⁴, su dignidad (incluida la de sus nacionales)¹⁷⁵, la «utilidad»¹⁷⁶ o conveniencia nacional¹⁷⁷, la necesidad social¹⁷⁸, la política pública¹⁷⁹ o exterior¹⁸⁰, los acuerdos internacionales en que es parte¹⁸¹ o sus relaciones internacionales con otros Estados¹⁸², o bien un peligro en términos generales¹⁸³.

122. El Estado puede basar expresamente una decisión tomada en este contexto, en su totalidad o en parte, en sus obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales¹⁸⁴, en sus relaciones diplomáticas¹⁸⁵ o en consideraciones relativas a las relaciones internacionales de otros Estados con los que haya concertado acuerdos especiales¹⁸⁶. El Estado también puede tratar expresamente de mantener su neutralidad política cuando se trate de la expulsión de un extranjero por estas mismas razones¹⁸⁷. Las razones basadas en el «interés superior del Estado» pueden alegarse también con respecto a un extranjero que sea miembro de una organización cuyas actividades puedan afectar a los intereses del Estado¹⁸⁸. Además, el interés del Estado puede influir en las condiciones o las obligaciones impuestas al extranjero que entra en el territorio del Estado o reside en él¹⁸⁹. El incumplimiento de las condiciones de entrada en el territorio de un Estado puede constituir por sí mismo un motivo de expulsión.

¹⁷² Australia, Ley de 1958, art. 197AD; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), b) y 47, 1), b); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98 y Ley de 1980, arts. 1 a 3, 7, 56, 2), 64 y 66; Canadá, Ley de 2001, arts. 34, 2), 35, 2) y 37, 2); Chile, Decreto de 1975, arts. 2, 15, 1), 63, 2) y 65, 1) y 3); China, Reglamento de 1986, art. 7, 6); Guatemala, Reglamento de 1999, art. 97; Japón, Orden de 1951, arts. 5, 14) y 24, 4), o); Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), g); Nigeria, Ley de 1963, arts. 19, 2) y 35, 1); Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, arts. 21, 1) y 6) y 88, 1) y 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 1), c); República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 3) y 8); y Suecia, Ley de 1989, art. 4.7, 2).

¹⁷³ Francia, Código, art. L521-3.

¹⁷⁴ Alemania, Ley de 2004, art. 55, 1).

¹⁷⁵ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 1), c).

¹⁷⁶ Chile, Decreto de 1975, arts. 64 y 66.

¹⁷⁷ Brasil, Ley de 1980, art. 26, y Chile, Decreto de 1975, arts. 64 y 66.

¹⁷⁸ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 38

¹⁷⁹ Lituania, Ley de 2004, arts. 7, 5) y 126, 1) y 3), y Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, arts. 21, 1), 6) y 88, 1), 5).

¹⁸⁰ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 3), C).

¹⁸¹ República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1).

¹⁸² Chile, Decreto de 1975, arts. 64, 3) y 66; Finlandia, Ley de 2004, art. 149, y Honduras, Ley de 2003, art. 89, 3).

¹⁸³ Finlandia, Ley de 2004, art. 11, 1), 5); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 6) y 8; Ley n.º 40 de 1998, art. 4, 6); y República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1).

¹⁸⁴ España, Ley de 2000, art. 26, 1); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 6) y 8; Ley n.º 40 de 1998, art. 4, 6).

¹⁸⁵ Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 83, y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), b).

¹⁸⁶ Un ejemplo de acuerdo de este tipo es el Acuerdo de Schengen (véase Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 11, 25, 1), 2), e)).

¹⁸⁷ Ecuador, Ley de 2004, art. 3.

¹⁸⁸ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), b) y 47, 1), b).

¹⁸⁹ Australia, Ley de 1958, arts. 197AB y 197AG; Brasil, Ley de 1980, art. 109; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, f); y República de Corea, Ley de 1992, art. 22. Al extranjero se le puede exigir expresamente que no cause un perjuicio a los intereses del Estado cuando ejercite sus derechos y sus libertades (Belarús, Ley de 1993, art. 3, y China, Ley de 1986, art. 5).

b) Violación de la ley

123. Todo extranjero está sujeto a la ley nacional y a la jurisdicción del Estado en el que esté presente, con arreglo al principio de la competencia territorial del Estado¹⁹⁰. El incumplimiento de la ley nacional de ese Estado puede ser un motivo válido para la expulsión, como se reconoce en la UE, en la práctica de los Estados¹⁹¹ y en la doctrina¹⁹². En algunos casos este motivo puede abarcar la actividad ilegal del extranjero en un Estado que no sea el Estado que expulsa¹⁹³.

124. Se ha sostenido que la expulsión de un extranjero es una medida que se adopta para proteger los intereses del Estado, más que para sancionar al extranjero¹⁹⁴. Si bien una actividad delictiva puede constituir un motivo

¹⁹⁰ Como se ha señalado anteriormente, existen categorías especiales de extranjeros, como los diplomáticos, que gozan de privilegios e inmunidades especiales. Estos extranjeros no se consideran en la presente sección. «Al entrar en un Estado, el extranjero queda sujeto a su supremacía territorial, aunque sigue estando sujeto a la supremacía personal de su Estado de origen. Por consiguiente, y salvo que pertenezca a una de las categorías (como los diplomáticos) sometidas a normas especiales, está sujeto a la jurisdicción del Estado en que se encuentre, y es responsable ante él de todos los actos que cometa en su territorio. [...] Dado que los extranjeros están sujetos a la supremacía territorial del Estado local, éste puede aplicar sus leyes a los extranjeros que se encuentren en su territorio, y dichos extranjeros deben respetar y cumplir esas leyes» (Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, págs. 904 y 905).

¹⁹¹ «Los sistemas de derecho interno examinados revelan una coherencia quizás relativa en su elección de motivos para la expulsión. Por lo general, un extranjero puede ser deportado si reúne una o más de las condiciones siguientes: [...] 4. Participación en actividades delictivas» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 255). «La práctica del Estado acepta que la expulsión está justificada [...] cuando se ha participado en actividades delictivas» (ibíd., pág. 262). «Es muy frecuente que se ordene la deportación de un extranjero [...] por causa de su comportamiento delictivo» (Plender, *International Migration Law*, págs. 467, 468 y 482, nota 119 (en referencia a Dinamarca, Ley n.º 226 de extranjeros de 8 de junio de 1983, art. 25, párr. 1; Noruega, Ley de extranjeros de 1956, art. 13, párr. 1, apdo. d; Portugal, Decreto Ley 264-B181, art. 42; Suecia, Ley de extranjeros (*Utlanningslag*) n.º 376 de 1980, Prop. 1979/80:96, art. 40, y Turquía, Ley sobre la residencia y el viaje de los extranjeros, n.º 5683 de 15 de julio de 1980, art. 22)).

¹⁹² «Es un hecho aceptado que la expulsión está justificada cuando tiene por causa actividades que incumplen la ley local; además, el contenido de dicha ley local es algo que depende exclusivamente del Estado que procede a la expulsión» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 206). Véase también Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...», art. 28, párrs. 5 y 6.

¹⁹³ «En algunos países, como por ejemplo Bélgica y Luxemburgo, puede ordenarse la expulsión por delitos cometidos en el extranjero, pero es de suponer que sólo cuando se ha dictado sentencia» (Borchard, *op. cit.*, pág. 52).

¹⁹⁴ «En última instancia la deportación no tiene por objeto sancionar a la persona, sino que se concibe principalmente como medio de liberar al país que la dispone de la presencia de una persona que se considera indeseable» (Williams, «Denationalization», págs. 58 y 59). «La expulsión es una medida destinada principalmente a proteger los intereses del Estado. En lo esencial no se toma para sancionar al extranjero, aunque evidentemente sus efectos pueden ser devastadores» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 257). «La expulsión, por lo menos en teoría, no es una sanción, sino una medida administrativa consistente en una orden del gobierno que impone a un extranjero la salida del país» (Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 945). «La expulsión de un extranjero no es una sanción, sino un acto ejecutivo que comprende una orden en que se intima al extranjero a salir del Estado» (Oda, *loc. cit.*, pág. 482). «La expulsión no es una pena, y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, teniendo en cuenta la situación particular de la persona» (Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...», art. 17).

válido para expulsar a un extranjero, su expulsión tiene que basarse en la necesidad de proteger los intereses del Estado, más que en la voluntad de castigarlo. No obstante, la expulsión o la deportación pueden ordenarse para sancionar un delito cometido por un extranjero con arreglo al derecho penal nacional (y no con arreglo al derecho relativo a la inmigración)¹⁹⁵. Cabe observar que se aplican normas sustantivas y de procedimiento diferentes a la acción penal, por una parte, y a la expulsión, por la otra. La relación entre ambos procedimientos puede variar según la ley nacional del Estado.

125. En la UE, el recurso a la expulsión como sanción está sujeto a varias limitaciones¹⁹⁶. Con arreglo al artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE, la expulsión no puede imponerse como sanción a ciudadanos de la UE o a sus familiares, salvo que esa medida satisfaga los requisitos de otras disposiciones de la misma directiva que permiten la expulsión por razones de política pública, seguridad pública o salud pública. Esta disposición estipula lo siguiente:

Artículo 33. Expulsión como pena o medida accesorias

1. El Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesorias a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27¹⁹⁷, 28¹⁹⁸ y 29¹⁹⁹.

¹⁹⁵ «En particular, como un Estado tiene derecho a sancionar a un extranjero que comete una grave violación de sus leyes mientras se encuentra en su territorio, en algunos casos esta sanción puede incluir la expulsión o la deportación del extranjero que haya sido declarado culpable de un delito grave» (Sohn y Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*, pág. 89). «Cabe señalar las características siguientes de la reciente evolución del ejercicio de la facultad de expulsión: se aplica como sanción accesorias contra el extranjero que ha cometido un delito grave» (Borchard, *op. cit.*, pág. 55).

¹⁹⁶ Puede consultarse un análisis de las cuestiones relativas a la expulsión como doble sanción en el derecho nacional y en la práctica de los Estados miembros de la UE (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Portugal y el Reino Unido) en «La double peine», *Documents de travail du Sénat*, Francia, série Législation comparée, n.º LC 117, febrero de 2003.

¹⁹⁷ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 340 a 362.

¹⁹⁸ El artículo 28 dice lo siguiente:

«Protección contra la expulsión

1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

2. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública.

3. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública, tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste:

a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores, o

b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.»

¹⁹⁹ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 392 a 400. Esta disposición detalla las enfermedades que pueden justificar la expulsión por motivos de salud pública.

2. Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.

126. En la legislación de varios Estados, el incumplimiento de las leyes nacionales del Estado de acogida, incluidas las penales, es motivo de expulsión. Puede²⁰⁰ o no²⁰¹ exigirse que el tribunal que ha dictado el fallo condenatorio pertenezca al Estado que procede a la expulsión. En cuanto a la norma penal sustantiva relativa a la gravedad de la infracción, la ley pertinente puede exigir expresamente que sea la del Estado que procede a la expulsión²⁰²; indicar las normas específicas cuya violación sea motivo de expulsión²⁰³; reconocer las violaciones de la ley de un Estado extranjero²⁰⁴, comparándolas a veces con la ley del Estado que procede a la expulsión²⁰⁵; o sin especificar una norma penal particular, evaluar o clasificar la gravedad de la infracción en función de la ley del Estado que procede a la expulsión²⁰⁶.

127. Las leyes nacionales de algunos Estados no especifican el tipo de violación o procedimiento que puede dar lugar a la expulsión por este motivo²⁰⁷. Las leyes de otros, en cambio, prevén la expulsión como sanción para determinadas conductas. Por ejemplo, si el extranjero ha contribuido a hacer entrar a otros extranjeros de manera clandestina o ilegal (dejando aparte los casos de tráfico de personas por razones morales), o si el extranjero pertenece a una organización dedicada a esta actividad²⁰⁸, la ley pertinente podrá considerar que esto es motivo suficiente para la expulsión²⁰⁹; exigir que se haya dictado una condena penal para que pueda alegarse este motivo²¹⁰;

²⁰⁰ Argentina, Ley de 2004, arts. 29, f) y g) y 62, b); Australia, Ley de 1958, arts. 201, a) y 203, 1), a); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), h), y Chile, Decreto de 1975, arts. 64, 1) y 66.

²⁰¹ Argentina, Ley de 2004, art. 29, c); Australia, Ley de 1958, art. 201, a), c), y Canadá, Ley de 2001, art. 36, 1) a) 3).

²⁰² Australia, Ley de 1958, art. 250, 1); Belarús, Ley de 1998, arts. 14 y 28, Ley de 1993, art. 20, 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), a) y 47, 1), a); España, Ley de 2000, art. 57, 7) y 8); Japón, Orden de 1951, art. 5, 4), 8) y 9) - 2; Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 88, 1), 9), y República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 2), y 1), 8), 46, 2), 67, 1) y 89, 1), 5).

²⁰³ Alemania, Ley de 2004, art. 53, 2); Australia, Ley de 1958, art. 203, 1), c); y Dinamarca, Ley de 2003, art. 22, iv) a) vi).

²⁰⁴ Colombia, Ley, art. 89, 7); Japón, Orden de 1951, art. 5, 4), y Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), d).

²⁰⁵ Canadá, Ley de 2001, art. 36, 2), b) y c); España, Ley de 2000, art. 57, 2); y Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 6) y 9, 6), 18, 9), 6), y Ley de 1996, arts. 26, 3) y 27, 3).

²⁰⁶ Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 3), 16, 1) y 65, 1).

²⁰⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), a) y 47, 1), a), y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 10, 4).

²⁰⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 37, 1), b).

²⁰⁹ Alemania, Ley de 2004, arts. 53, 3) y 54, 2); Argentina, Ley de 2004, art. 29, c); Brasil, Ley de 1980, arts. 124, XII) y XIII) y 127; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), a); Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), c); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8, y Paraguay, Ley de 1996, arts. 108, 2) y 111. Un Estado puede eximir explícitamente de la expulsión por estos motivos a ciertas clases de personas, como los religiosos y los diplomáticos (Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8).

²¹⁰ Alemania, Ley Fundamental, arts. 53, 3) y 54, 2), y Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), a).

establecer sanciones que acompañen a la expulsión²¹¹; o imputar una responsabilidad jurídica al extranjero, sin imponerle expresamente la expulsión²¹². En los casos en que no se haya producido la entrada ilegal de personas, la legislación pertinente podrá especificar que la expulsión tendrá lugar cuando se ejecute la condena impuesta²¹³. Este motivo de expulsión puede hacerse valer para todos los familiares del extranjero²¹⁴.

128. Cuando la legislación permite la expulsión del extranjero²¹⁵ después de la condena, puede ocurrir que se establezca un límite en cuanto a la gravedad de la sanción²¹⁶. En tales casos, la expulsión podrá imponerse como sanción independiente o combinada²¹⁷; anular o sustituir una pena de privación de libertad o de otro

tipo, o coincidir con la misma²¹⁸; ordenarse después de que el extranjero haya cumplido una pena de privación de libertad o de otro tipo²¹⁹, o haya sido liberado después de haber cumplido cualquier otra forma de detención que tenga que ver de hecho o en potencia con un proceso penal²²⁰; o imponerse porque el extranjero fue condenado a una pena que no incluye la expulsión, o cuando la condena no fue seguida de expulsión por otro motivo²²¹.

129. Según la legislación nacional pertinente, esta clase de motivos también puede hacerse valer si el extranjero ha sido condenado o declarado culpable de otra violación²²², ha sido imputado²²³ o acusado de otra violación²²⁴, es objeto de una orden de búsqueda²²⁵, o procesado por otra violación²²⁶, o ha sido sorprendido en el acto de cometer otra violación²²⁷; ha cometido²²⁸ o se sospecha que ha

²¹¹ Brasil, Ley de 1980, arts. 124, XII) y XIII) y 125-27, y Paraguay, Ley de 1996, arts. 108, 2) y 111.

²¹² Belarús, Ley de 1998, art. 26.

²¹³ Chile, Decreto de 1975, arts. 69 y 87; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 276, c); Francia, Código, arts. L621-1, L624-2 y L624-3; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 16, 4) y 8); y Paraguay, Ley de 1996, arts. 108, 2) y 111.

²¹⁴ Brasil, Ley de 1980, art. 26, 2).

²¹⁵ Argentina, Ley de 2004, art. 64, a) y b); Australia, Ley de 1958, arts. 200 y 201, a) a c); Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2), 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 47, 4) y 57, 1), h); Canadá, Ley de 2001, art. 36, 1), a) a c); China, Disposiciones de 1992, arts. I, i) y II, i) y ii); Colombia, Ley, art. 89, 1); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22; España, Ley de 2000, art. 57, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalización, art. 101, a), 48) y a), 50), f), 7); Finlandia, Ley de 2004, art. 149, 2); Francia, Código, art. L521-2; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), a); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 4) y 24, 4), g), i); Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), d); Noruega, Ley de 1988, art. 29, b) y c); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, f); Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 7, 3) y 81, 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 25, 2), c); República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 1), 11); Suecia, Ley de 1989, arts. 4.2, 3) y 4.7; y Suiza, Código Penal, art. 55, 1). Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Alemania, Ley de 2004, arts. 53, 1) y 2) y 54, 1); Argentina, Ley de 2004, arts. 29, c) y 62, b); Brasil, Decreto de 1981, art. 101, Ley de 1980, art. 67; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 2); 237, a), 2) y 238, c); Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), e); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 9)-2, 24, 4), f), 4)-2); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), c); y Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 88, 1), 9)).

²¹⁶ Alemania, Ley de 2004, arts. 53, 1) y 2) y 54, 1) y 2); Argentina, Ley de 2004, arts. 29, c) y 62, b); Australia, Ley de 1958, art. 201, a) a c); Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2), 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 47, 4) y 57, 1), h); Canadá, Ley de 2001, art. 36, 1), b) y c); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22; España, Ley de 2000, art. 57, 2) y 7); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101, a), 50), f), 7); Finlandia, Ley de 2004, art. 149, 2); Francia, Código, art. L521-2; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), a); Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), e); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 4) y 24, 4), g), i); Noruega, Ley de 1988, art. 29, b) y c); Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 4), 7, 3) y 81, 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 25, 2), c); Suecia, Ley de 1989, art. 4.7; y Suiza, Código Penal, art. 55, 1). Cuando la expulsión vaya precedida de una sentencia dictada en el Estado que efectúa la expulsión, el criterio de la gravedad de la pena impuesta puede referirse al fallo del tribunal sentenciador (Australia, Ley de 1958, art. 201, a) a c), y Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, l), h)). Cuando la sentencia haya sido dictada por un tribunal extranjero, la ley pertinente podrá considerar la sentencia que habría aplicado a la violación el Estado que efectúa la expulsión (Argentina, Ley de 2004, arts. 29, c) y 62, b); Canadá, Ley de 2001, art. 36, 1), b) y c); España, Ley de 2000, art. 57, 2); Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), e); Noruega, Ley de 1988, art. 29, b) y c); y Paraguay, Ley de 1996, art. 7, 3)).

²¹⁷ China, Ley de 1978, art. 35, Disposiciones de 1998, art. 336; Disposiciones de 1992, art. 1, i); y República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 1).

²¹⁸ Argentina, Ley de 2004, art. 64, a) a c); España, Ley de 2000, arts. 53 y 57, 1) y 7); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 16, 1), 4), 8) y 9); Japón, Orden de 1951, arts. 62, 3) a 5) y 63; República de Corea, Ley de 1992, art. 85, 2); y Suiza, Código Penal, art. 55, 2) a 4).

²¹⁹ Argentina, Ley de 2004, art. 62, b); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 47, 4); Chile, Decreto de 1975, art. 57; China, Disposiciones de 1992, arts. II, ii) y VI, i), Disposiciones de 1998, art. 336; España, Ley de 2000, art. 57, 8); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 238, a), 1); Francia, Código, art. L541-1; Honduras, Ley de 2003, art. 89, 1); Japón, Orden de 1951, arts. 62, 3) y 63, 2); Paraguay, Ley de 1996, arts. 81, 5) y 111; Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 8, 1), 9); República de Corea, Ley de 1992, arts. 84, 2), 85, 1) a 2) y 86, 2); Suiza, Código Penal, art. 55, 4).

²²⁰ Australia, Ley de 1958, art. 250, 3) a 5), y Belarús, Ley de 1998, art. 14.

²²¹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 47, 4) y 57, 1), g) y h), y Colombia, Ley, art. 89, 1).

²²² Australia, Ley de 1958, arts. 200 y 203, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 66; Colombia, Ley, art. 89, 7); Honduras, Ley de 2003, art. 89, 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 5), y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), b). Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), g); Canadá, Ley de 2001, art. 36, 1), a) y b) y 2), a) y b); Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 3), 16, 1), 63, 1), 64, 1), 65, 1) y 2) y 66; España, Ley de 2000, art. 57, 2), 7) y 8); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101, a), 50), f), 8); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 5), 9, 5) y 18, 9), 5); Francia, Código, arts. L.511-1 5) y L.541-1; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), a); y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 10, 1). La posibilidad de apelación o revisión puede afectar a la posibilidad de que la condena sirva de motivo para la expulsión (compárese con la Ley 2005 de Austria, art. 3.54, 2), 1), que permite efectuar la expulsión aunque el fallo no sea definitivo, y con la Ley 1963 de Nigeria, art. 21, 2), que no permite efectuar la deportación en cumplimiento de una recomendación de expulsión hasta que no se hayan agotado todos los recursos posibles contra la condena).

²²³ Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2), 2), y Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 3), 16, 1), 64, 1), 65, 1) y 66.

²²⁴ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, f).

²²⁵ Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), b).

²²⁶ Brasil, Ley de 1980, art. 66.

²²⁷ Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2), 2), y Japón, Orden de 1951, art. 5, 4), 8).

²²⁸ China, Ley de 1978, art. 35; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 2), A); y República de Corea, Ley de 1992, arts. 67, 1) y 89, 1), 5). La legislación pertinente puede incluir expresamente un acto cometido fuera del territorio del Estado (Belarús, Ley de 1998, art. 28).

cometido²²⁹ una violación; tiene antecedentes penales²³⁰; ha cometido²³¹ o se dedica a cometer delitos²³², participa en la comisión de delitos²³³, tiene el propósito²³⁴ de hacerlo o está predispuesto a ello²³⁵; ha sido expulsado del Estado o de otro Estado en cumplimiento de determinadas normas penales²³⁶; o es miembro de una organización que se dedica presuntamente actividades delictivas²³⁷.

130. La expulsión de un extranjero por este motivo puede depender de que el extranjero sea ciudadano²³⁸ en el momento de cometer el acto, haya sido autorizado a permanecer o residir en el territorio del Estado²³⁹, haya sido indultado o se haya anulado la sentencia pertinente²⁴⁰, o haya sido rehabilitado²⁴¹; del tiempo que llevaba residiendo en el territorio del Estado en el momento que cometió el acto²⁴²; de que la ley del Estado que procede a la expulsión prevea un trato especial para las personas de la nacionalidad del extranjero²⁴³; de que el Estado del extranjero mantenga una relación especial con el Estado que procede a la expulsión²⁴⁴; o del medio por el que el extranjero llegó al país, o de su localización en la fecha de autos²⁴⁵.

131. La legislación nacional puede declarar de modo expreso que el momento en que se pronunció la condena del extranjero es indiferente a los efectos de la fecha de entrada en vigor de la ley²⁴⁶, y puede²⁴⁷ o no²⁴⁸ considerar que el hecho de que el extranjero entrara al país con la

ayuda de una persona u organización dedicada a una actividad ilegal es motivo de inadmisibilidad.

132. Numerosas causas juzgadas en tribunales nacionales tienen que ver con la expulsión de extranjeros convictos de haber cometido delitos²⁴⁹ graves²⁵⁰.

133. Así pues, podría decirse que la práctica de los Estados reconoce la validez de la expulsión por la comisión de una infracción penal. No obstante, quizá fuera conveniente examinar las prácticas que no tratan ese motivo de la misma manera, desde las siguientes perspectivas: *a*) la gravedad de la infracción de la legislación nacional; *b*) la clase de conducta ilícita en lo que respecta a la planificación, la preparación, la incitación y la conspiración para cometer la infracción²⁵¹; *c*) el criterio probatorio de esta conducta delictiva, que va desde la simple sospecha a la condena definitiva²⁵²; *d*) el derecho que tiene el extranjero

²²⁹ Este acto puede estar tipificado expresamente (Belarús, Ley de 1998, art. 14; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 25, 2.) *d*); y República de Corea, Ley de 1992, art. 11, 1), 2) y 1), 8)), o no estarlo (Australia, Ley de 1958, art. 250, 1), y Belarús, Ley de 1993, art. 20, 3)).

²³⁰ Alemania, Ley de 2004, art. 53, 1); Argentina, Ley de 2004, art. 29, *c*); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 2), *B*); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 6), 9, 6) y 18, 9), 6), Ley de 1996, arts. 26, 3) y 27, 3); y Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 5).

²³¹ Argentina, Ley de 2004, art. 62, *b*).

²³² Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 2), 17, 63, 2) y 65, 1), 3).

²³³ Honduras, Ley de 2003, art. 89, 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *b*); y Suecia, Ley de 1989, art. 3.4, 2).

²³⁴ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 25, 2), *e*), y Suecia, Ley de 1989, arts. 4.2, 3), 4.7 y 4.11.

²³⁵ Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 7).

²³⁶ Japón, Orden de 1951, art. 5, 5)-2).

²³⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, *l*), *g*); Canadá, Ley de 2001, art. 37, *l*) y 2), y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), *e*).

²³⁸ Australia, Ley de 1958, arts. 201, *a*) y *b*), 203, 1), *a*) y *b*), 204, 1) y 2) y 250, 1) a 3), y Brasil, Ley de 1980, arts. 74, 75 y 76, *I*).

²³⁹ Australia, Ley de 1958, arts. 201, *b*) y 204; Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22; España, Ley de 2000, art. 57, 5) y 7); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 238, *b*); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 9)-2 y 24, 4)-2; Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 4) y 5); y Suecia, Ley de 1989, art. 4.2 3).

²⁴⁰ Canadá, Ley de 2001, art. 36, 3), *b*).

²⁴¹ *Ibid.*, art. 36, 3), *c*).

²⁴² Australia, Ley de 1958, art. 201, *b*); Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 2), 2); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22; Paraguay, Ley de 1996, art. 81, 5), y Suecia, Ley de 1989, art. 4.2, 3). El período de encarcelamiento del extranjero puede afectar al cálculo de este período (Australia, Ley de 1958, art. 204).

²⁴³ Australia, Ley de 1958, art. 201, *b*), *ii*).

²⁴⁴ Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), *b*).

²⁴⁵ Australia, Ley de 1958, art. 250, 1).

²⁴⁶ *Ibid.*, arts. 201, *a*) y 203, 1), *a*).

²⁴⁷ *Ibid.*, art. 250, 1), *a*).

²⁴⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 37, 2), *b*).

²⁴⁹ En 1933 se pidió al Tribunal Supremo del Canadá que determinase si una persona que había cumplido enteramente su pena de prisión o se había beneficiado de un indulto (prerrogativa real de gracia) podía ser declarada proscrita o indeseable y expulsada sobre la base de dicha declaración. El Tribunal sostuvo que el cumplimiento de una sanción por la comisión de un acto criminal no excluía la posibilidad de la deportación de la persona en un procedimiento administrativo ulterior (*In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, causa n.º 135, demanda ante el Tribunal Supremo del Canadá, 15 y 29 de marzo de 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 y 1934, págs. 328 a 330. Véase también la sentencia n.º 58 del Tribunal Constitucional de Italia (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 24 de febrero de 1995) (que declara inconstitucional una disposición para expulsar a extranjeros que hayan cumplido una pena de prisión resultante de una condena penal, cuando no se ha determinado su constante peligrosidad) y la sentencia n.º 62 (*ibid.*, 24 de febrero de 1994) (en que se confirma la constitucionalidad de la suspensión de una pena a menos de tres años de cárcel y se expulsa, en cambio, al extranjero condenado).

²⁵⁰ Australia, *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Tribunal Federal, Sala General, 13 de noviembre de 1979, ILR, vol. 73, págs. 627 a 634 (condenado por delitos de violencia, incluido un disparo intencional con ánimo de causar daños corporales graves); República Federal de Alemania, *Deportation to U. Case*, Tribunal Administrativo Superior (*Oberverwaltungsgericht*) de Renania-Palatinado, 16 de mayo de 1972, *ibid.*, págs. 613 a 617 (condena por homicidio); Sudáfrica, *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *ibid.*, vol. 20, págs. 340 a 342; República Federal de Alemania, *Homeless Alien (Germany) Case*, *ibid.*, vol. 26, pág. 507 («Un nacional de un país extranjero que haya sido declarado culpable de un delito es expulsado, por regla general, a su Estado de origen»). En la causa *Leocal*, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que los delitos de conducción en estado de ebriedad, similares al cometido en Florida que no tengan un componente *mens rea* y requieran solamente una manifestación de negligencia en el manejo del vehículo, no pueden considerarse «delito de violencia» con arreglo al derecho en materia de deportación (9 de noviembre de 2004, n.º 03-5830, *United States Reports*, vol. 543, pág. 1). En algunos casos, los tribunales nacionales han considerado que una condena por un delito grave cometido fuera del Estado territorial es razón suficiente para mantener una expulsión, por consideraciones de orden público.

²⁵¹ «[El Estado] puede expulsar de su territorio a cualquier persona que cometa actos prohibidos por sus leyes, o que pueda considerarse justamente un violador en potencia de dichas leyes, o proclame su oposición a las mismas, independientemente de la opinión que tenga su propio Estado acerca de su conducta efectiva o prevista» (Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, pág. 234).

²⁵² «La causa más frecuente de expulsión es quizás la condena por un delito. Todos los países se reservan este derecho, aunque de

a rechazar las alegaciones de conducta delictiva presentadas contra él²⁵³; y e) la necesidad de distinguir el procedimiento de instrucción de la infracción y el procedimiento de expulsión²⁵⁴.

c) *Condena a una pena de prisión*

134. Entre esos diversos motivos, con frecuencia se ha invocado la comisión de un delito por el extranjero o su condena a una pena de privación de la libertad; ese motivo figura en la legislación de muchos Estados. Además, ese motivo de expulsión data de muy antiguo. Las obras de los autores de fin del siglo XIX y principios del siglo XX no dejan ninguna duda a este respecto. Según Martini, por ejemplo,

[n]o hay ninguna duda de que los extranjeros *condenados* por la justicia pueden poner en peligro la seguridad pública y que, por lo tanto, la condena judicial constituye una causa esencial de expulsión. Basta con echar una mirada a las decisiones adoptadas respecto de individuos enjuiciados por infringir órdenes emitidas respecto de ellos: casi siempre, esos extranjeros fueron expulsados tras sentencias condenatorias dictadas contra ellos²⁵⁵.

Más aún, los extranjeros condenados aun en el fuero correccional eran objeto de una orden de expulsión; por lo tanto, los extranjeros podían ser expulsados tras la primera condena, incluso si habían sido condenados de manera condicional²⁵⁶, a menos que se tratara de condenas mínimas y por delitos de poca monta o cuya naturaleza no constituyera un peligro para el orden público²⁵⁷.

135. Hoy en día la práctica se ha flexibilizado en la mayoría de los Estados, sin duda bajo la influencia del desarrollo de los derechos humanos, de modo que si la condena de un extranjero sigue siendo un motivo general de expulsión, se ha mantenido sólo para los casos en que se trata de una condena a pena privativa de libertad por infracciones cuya gravedad puede variar de uno Estado a otro.

136. Un estudio comparado de la legislación muestra que ese motivo existe sobre todo en las legislaciones alemana, belga, británica, danesa, francesa, italiana y

ordinario sólo se recurre a él en casos flagrantes, cuando la presencia del extranjero puede poner en peligro la seguridad pública. Cuando la necesidad pública es de magnitud suficiente, y especialmente cuando el delito es de carácter político, la expulsión puede producirse por orden ejecutiva, sin necesidad de una sentencia judicial» (Borchard, *op. cit.*, pág. 52). «Las facultades de expulsión o deportación pueden ejercerse si la conducta o las actividades del extranjero admitido en el Estado violan ciertas normas básicas. Esta conducta o actividades son las siguientes: [...] 2. Condena por un delito de carácter grave» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, págs. 90 y 91).

²⁵³ «Para reducir al mínimo el uso cruel y arbitrario del poder, numerosos tratados entre Estados disponen [...] que la persona expulsada tendrá la oportunidad de exculpase de las acusaciones en su contra» (Borchard, *op. cit.*, pág. 56).

²⁵⁴ «Se ha sostenido que no es posible ejercer a un mismo tiempo el derecho al enjuiciamiento penal y el derecho a deportar o expulsar. Los procedimientos han de ser sucesivos» (ibíd., pág. 52), en referencia al caso *U.S. v. Lavoie*, 182 Rep. Fed. 943, y al caso del Monseñor Montagnini en Francia, RGDI, t. XIV (1907), pág. 175; véase J. Challamel en *Journal des Debats*, 12 de marzo de 1907, reimpresso en 34 *Clunet* (1907), págs. 331 a 334.

²⁵⁵ Martini, *op. cit.*, pág. 55.

²⁵⁶ Ibíd., págs. 55 y 56.

²⁵⁷ Circular del Ministerio del Interior de Francia, de 20 de julio de 1893, citada por Martini, ibíd., nota 1.

portuguesa. En efecto, en Alemania²⁵⁸, Bélgica²⁵⁹, Dinamarca²⁶⁰, Italia²⁶¹, Portugal²⁶² y el Reino Unido²⁶³, cierto tipo de condenas penales puede ser motivo para una decisión de expulsión. El fundamento de la decisión de expulsar puede ser la existencia de una condena a pena privativa de libertad, la duración de dicha pena o la condena por un delito determinado. En Francia, los extranjeros que cometen un delito en el territorio nacional se exponen no sólo a las penas previstas en la ley para ese tipo de delitos, sino también a ser devueltos a sus países de origen. Cabe destacar que esos extranjeros son personas mayores de edad que disponen de un permiso de residencia legal.

137. En general, parece que el principio de la doble sanción, a saber, la condena a una pena privativa de libertad junto con una decisión judicial o administrativa de expulsión, se admite en los países estudiados²⁶⁴, con excepción de Bélgica. Además, en Alemania y Bélgica los antecedentes judiciales de un extranjero pueden dar lugar a una medida de expulsión basada en la amenaza al orden público²⁶⁵. La decisión de aplicar la doble sanción se deja, en general, al arbitrio de la autoridad competente. No obstante, la ley alemana define las infracciones que entrañan la expulsión obligatoria²⁶⁶. Las leyes italianas y portuguesas excluyen, por su parte, la doble sanción para los extranjeros que pertenecen a categorías protegidas, que sólo pueden ser expulsados por motivo de amenaza al orden público. Ese criterio de menoscabo o de

²⁵⁸ Véase la Ley de 1990 relativa a los extranjeros, esp. arts. 45 a 48.

²⁵⁹ Véase la Ley de 15 de diciembre de 1980 relativa al acceso al territorio, la estancia en él, la residencia y la expulsión de extranjeros, esp. arts. 20 a 26.

²⁶⁰ Véase la Ley de 17 de julio de 2002 relativa a los extranjeros, esp. cap. IV.

²⁶¹ Véase el Decreto Legislativo n.º 286, de 25 de julio de 1998, relativo a la expulsión de los extranjeros, modificado por la Ley de 30 de julio de 2002.

²⁶² Véase el Decreto Ley n.º 244, de 8 de agosto de 1998, relativo al régimen jurídico de los extranjeros.

²⁶³ Véase la Ley de 1971 de inmigración, esp. arts. 3, 5, 6 y 7, y cap. 13.

²⁶⁴ Véase «La double peine» (nota 196 *supra*), pág. 20.

²⁶⁵ Ibíd.

²⁶⁶ En Alemania, según la Ley de 1990 relativa a los extranjeros, la protección depende principalmente de la naturaleza del permiso de residencia que tiene el extranjero. La protección no impide la expulsión, pero limita la aplicación de las disposiciones sobre expulsión de extranjeros a los casos en que éstos constituyan una amenaza grave para la seguridad pública y, en particular, a los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 47. Con respecto a los artículos 47 y 48, los extranjeros protegidos son:

- Los titulares de un permiso de estancia ilimitado e incondicional;
- Los titulares de un permiso de estancia de duración ilimitada y que han nacido en Alemania o han llegado al país mientras eran menores de edad;
- Los titulares de un permiso de estancia de duración ilimitada y que están casados (o son pareja de hecho) con un extranjero perteneciente a una de las dos categorías anteriores;
- Los beneficiarios del derecho de asilo o los que han obtenido el estatuto de refugiado;
- Los titulares de un permiso de estancia particular concedido por razones humanitarias urgentes. Además, los extranjeros que viven en el seno de un hogar integrado por personas de nacionalidad alemana gozan de la misma protección.

«menoscabo grave» del orden público se aplica también en Bélgica²⁶⁷, Dinamarca²⁶⁸, Italia²⁶⁹, Portugal²⁷⁰ y el Reino

²⁶⁷ En Bélgica están protegidas las siguientes categorías de personas:

- Los extranjeros que han residido en Bélgica sin solución de continuidad durante por lo menos diez años;
- Los extranjeros que cumplen las condiciones para adquirir la nacionalidad belga, por opción o por declaración, o para recuperarla después de haberla perdido;
- Las mujeres que hubieran perdido la nacionalidad belga, por ejemplo después de su matrimonio;
- Los extranjeros afectados por una incapacidad para trabajar.

Una circular de julio de 2002 añade las siguientes categorías: los extranjeros que hubieran residido en Bélgica por lo menos 20 años; los nacidos en Bélgica o los que hubieran llegado al país antes de cumplir 12 años; y los jefes de familia condenados a una pena de menos de cinco años. Esos extranjeros solo pueden ser expulsados en casos excepcionales (pedofilia, tráfico de drogas importante, actividades de delincuencia organizada, etc.).

Los otros elementos de protección determinados por la Comisión Consultiva especial creada por la Ley de 1980 y que emite un juicio sobre todas las solicitudes de expulsión son: el nivel de integración del interesado en el seno de la sociedad belga (empleo, actividades sociales, reputación, etc.), la naturaleza de sus vínculos con su país de origen y la probabilidad de reincidencia.

²⁶⁸ En Dinamarca, ninguna categoría de extranjeros está protegida *a priori*. La falta de una disposición de ese tipo constituye la contrapartida de la aplicación diferenciada de las decisiones judiciales de expulsión en función de la duración de la estancia del extranjero en el país. Por lo demás, el artículo 26 de la Ley enumera los elementos que se deben tener en cuenta antes de tomar una medida de expulsión.

- La integración en la sociedad danesa (trabajo, formación, dominio del idioma, participación en la vida de la comunidad, etc.);
- La edad que tenía el interesado cuando llegó a Dinamarca;
- La duración de su estancia en Dinamarca;
- La edad, el estado de salud y otras características personales del extranjero;
- Sus vínculos con residentes de Dinamarca;
- Sus vínculos con su país de origen;
- Los riesgos a que se expondría si regresara a su país de origen o fuera a cualquier otro país.

La ley dispone, además, que esos factores personales no se tendrán en cuenta si la expulsión está motivada en una condena por una infracción de la legislación sobre drogas o por una de las infracciones del Código Penal, que enumera, a menos que el extranjero no tenga vínculos particularmente estrechos con la sociedad danesa.

²⁶⁹ En Italia, según el artículo 19 del Decreto Legislativo de 1998 relativo a la reglamentación de la inmigración, no se podrá tomar ninguna decisión judicial de expulsión contra un extranjero perteneciente a una de las categorías siguientes:

- Menores de 18 años de edad;
- Titulares de una tarjeta de residencia;
- Personas que viven con familiares de nacionalidad italiana de hasta el cuarto grado;
- Cónyuges de ciudadanos italianos;
- Mujeres embarazadas o que han dado a luz en los últimos seis meses.

En efecto, esos extranjeros sólo pueden ser objeto de una decisión administrativa de expulsión en función de la amenaza que representen para el orden público y la seguridad del Estado.

²⁷⁰ En Portugal, la expulsión, como pena complementaria, no se aplica a los extranjeros que pertenecen a una de las siguientes categorías:

- Los nacidos en Portugal y que residen en el país habitualmente;
- Los padres de niños menores de edad que residen en Portugal, en la medida en que se hagan cargo de su educación;
- Los que tienen su domicilio en Portugal después de los diez años de edad.

Esa disposición no existía antes de la adopción del texto de 2001, pero estaba explícitamente prevista en la Ley de delegación aprobada por la Asamblea de la República en septiembre de 2000. El Parlamento había autorizado al Gobierno a modificar el Decreto Ley de 1998 a condición de que excluyera a esas tres categorías de extranjeros de la aplicación de la pena complementaria.

Unido²⁷¹. Dicho de otra forma, las personas incluidas en esas categorías no pueden ser sometidas a doble sanción.

138. En cualquier caso, la autoridad competente en materia de expulsión dispone de gran autonomía. Así, en Alemania, donde la medida de expulsión no es obligatoria, la administración debe tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del extranjero y las consecuencias de su expulsión antes de decidir la deportación del delincuente. Lo mismo sucede en Italia y Portugal cuando el delincuente no pertenece a ninguna categoría protegida. Al mismo tiempo, en Bélgica, Dinamarca y el Reino Unido la legislación sobre los extranjeros específica que no se puede tomar ninguna medida de expulsión sin tener en cuenta el grado de inserción del extranjero en la sociedad que lo ha acogido. En el Reino Unido hay un aspecto peculiar, en el sentido de que la medida de expulsión ordenada por el juez penal, pero que en última instancia es decidida por el Ministro del Interior, puede extenderse a los miembros de la familia, en la medida en que dependan financieramente del delincuente extranjero²⁷².

139. Como se puede constatar, tanto las prácticas antiguas como las más recientes de numerosos Estados consideran que la condena a penas privativas de libertad es motivo de expulsión. La práctica antigua de ciertos Estados añadía varios otros motivos, algunos de los cuales no son admisibles actualmente en el derecho internacional. A decir verdad, la práctica parece ser, en general, bastante densa, con frecuentes variaciones de un país a otro, y el principio de la inclusión o no inclusión de un determinado motivo se basa de manera general en posiciones doctrinales más que en disposiciones convencionales o en una jurisprudencia internacional claramente establecida. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se presentan los diversos motivos, antiguos o modernos, que invocan corrientemente los Estados y se examina en qué medida se conforman, son aceptables o están prohibidos en relación con el derecho internacional vigente.

140. El Instituto de Derecho Internacional indicó, en el artículo 28 de su resolución de 1892 ya citada, una lista de diez motivos por los que se podía expulsar a extranjeros. Esa lista, que refleja tanto la práctica extraída de las

²⁷¹ En el Reino Unido, la Ley de 1971 excluye la expulsión consecutiva a una infracción penal para las personas que eran ciudadanas del Commonwealth y residían en el Reino Unido el 1.º de enero de 1973, en la medida en que residieran en el país en forma continua por lo menos durante cinco años después de su condena.

En cuanto a la expulsión de los delincuentes, las normas de inmigración obligan a tener en cuenta los siguientes elementos:

- La edad;
- La duración de la residencia en el Reino Unido;
- La intensidad de los vínculos con el Reino Unido;
- Las características personales (conducta, empleo) y familiares;
- Los antecedentes judiciales;
- Motivos humanitarios;
- Los testimonios en su favor.

Respecto de la expulsión de los miembros de la familia, las normas de inmigración recomiendan que se tengan en cuenta esos mismos elementos, así como la posibilidad de que los interesados puedan sobrevivir por sus propios medios y las consecuencias de la expulsión, sobre todo en cuanto a la escolaridad.

²⁷² Véase «La double peine» (nota 196 *supra*), pág. 21.

legislaciones nacionales²⁷³ como la doctrina dominante de la época, merece ser reproducida *in extenso*:

Podrán ser expulsados:

1. Los extranjeros que hayan entrado en el territorio de manera fraudulenta, en violación de las disposiciones sobre admisión de extranjeros; no obstante, si no existiera ningún otro motivo de expulsión, una vez que hayan pasado seis meses en el país, no podrán ser expulsados;

2. Los extranjeros que hayan establecido su domicilio o residencia en un territorio en violación de una prohibición formal;

3. Los extranjeros que en el momento de cruzar la frontera sufrieran una enfermedad que constituyera una amenaza para la salud pública;

4. Los extranjeros que se dediquen a la mendicidad o a vagar, o los que dependan de la asistencia pública;

5. Los extranjeros condenados por los tribunales del país por infracciones de cierta gravedad;

6. Los extranjeros que hayan sido condenados o procesados en el extranjero por delitos graves que, con arreglo a la legislación del país o a los acuerdos de extradición celebrados por ese Estado con otros Estados, pudieran dar lugar a su extradición;

7. Los extranjeros culpables de incitar a la comisión de delitos graves contra la seguridad pública, aunque dicha incitación no sea en sí misma punible con arreglo a la legislación del territorio y aunque exista la intención de cometer dichos delitos únicamente en el extranjero;

8. Los extranjeros que, en el territorio del Estado, sean culpables o sospechosos con razones fundadas de atacar, mediante la prensa o cualquier otro medio, a un Estado extranjero o a la soberanía o las instituciones de un Estado extranjero, siempre que dichos actos, si se cometieran en el extranjero por nacionales y fueran dirigidos contra el propio Estado, sean punibles con arreglo a la ley del Estado que expulsa;

9. Los extranjeros que, durante su estancia en el territorio del Estado sean declarados culpables de agresiones o insultos publicados en la prensa extranjera contra el Estado, la nación o los órganos soberanos;

10. Los extranjeros que, en tiempos de guerra o cuando ésta sea inminente, pongan en peligro la seguridad del Estado con su comportamiento²⁷⁴

141. La mayor parte de esos motivos están comprendidos en el orden público o la seguridad pública o se los puede vincular a ellos; en algunos casos esa vinculación es clara, como en los casos de condenas por delitos de cierta gravedad, y en otros más incidental, incluso implícita, como los casos de mendicidad, vagabundeo, perversión o vida disipada.

²⁷³ Siguiendo a De Boeck (*loc. cit.*, págs. 480 y 481), cabe citar, especialmente: Francia (Código Penal y Ley de 3 de diciembre de 1849); Bélgica (Ley de 9 de febrero de 1885; Ley de 27 de noviembre de 1891; Ley de 12 de febrero de 1897); España (Decreto Real de 17 de noviembre de 1852, Ordenanza Real de 26 de junio de 1858); Reino Unido (Ley de extranjeros de 11 de agosto de 1905); Grecia (Código Penal de 24 de junio de 1885); Italia (Código Penal de 1859, Ley de 22 de diciembre de 1888, Decreto de 30 de junio de 1889 y Reglamento, Decreto Real n.º 1848, de 6 de noviembre de 1926, por el que se aprueba el texto único de las leyes de seguridad pública (Título V: de la residencia y expulsión de extranjeros)); Luxemburgo (Ley de 30 de diciembre de 1893); Países Bajos (Ley de 13 de agosto de 1849); Portugal (Ley de 20 de julio de 1912 y Decreto de 1.º de julio de 1927); Rumania (Ley de 7 de abril de 1881, Reglamento de 2 de agosto de 1990); Suiza (Ordenanza de 17 de noviembre de 1919); Estados Unidos (Leyes de 20 de febrero de 1907, 16 de octubre de 1918, 10 de mayo y 5 de junio de 1920); Cuba (Ley de 19 de febrero de 1919); Costa Rica (Ley de 18 de julio de 1894); Brasil (Ley de 7 de enero de 1908); y República Bolivariana de Venezuela (Ley de 25 de julio de 1925).

²⁷⁴ Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...».

142. La dificultad reside, en cambio, en la imprecisión terminológica de ciertas legislaciones nacionales, que a veces añaden a los motivos de orden público y seguridad pública el de «tranquilidad pública», sin que se la pueda distinguir verdaderamente y con certeza del motivo de orden público. Por otro lado, la distinción entre orden público y seguridad pública, por una parte, y salud pública, por la otra, parece más clara. En general, las legislaciones nacionales presentan una serie de otros motivos más o menos autónomos sobre los cuales conviene hacer una presentación de conjunto sin prejuzgar la respuesta a la pregunta de si están comprendidos o no en los motivos de orden público o de seguridad pública.

d) Incumplimiento de las formalidades administrativas

143. Ciertos Estados sostienen que el incumplimiento de las formalidades administrativas de renovación del permiso de residencia o cualquier otro documento de identidad es una causa de expulsión de extranjeros con residencia legal en su territorio. Si bien el derecho internacional general no dispone de normas a este respecto y deja la determinación de esa formalidad a los Estados, no ocurre lo mismo en el marco comunitario, que consagra el derecho a la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros en el espacio comunitario. En efecto,

[a]sí como la condena penal no puede en sí misma constituir una amenaza al orden público y, por consiguiente, ser motivo automático de una medida de alejamiento, el incumplimiento de las formalidades administrativas no puede, como tal, constituir una perturbación del orden o la seguridad públicos suficiente para justificar el alejamiento²⁷⁵.

El derecho comunitario europeo se orienta en ese sentido. El párrafo 3 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE dispone:

La caducidad del documento de identidad utilizado por la persona interesada para entrar en el país de acogida y obtener un permiso de estancia no justificará la expulsión del territorio.

Esa regla parecería desprenderse implícitamente de las disposiciones del párrafo precedente de la Directiva²⁷⁶ y de su explicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Su aplicación ha suscitado algunos problemas de interpretación y, en consecuencia, requiere precisiones.

144. La Directiva 64/221/CEE fue esencial en el asunto *Royer*²⁷⁷, de 1976. El Sr. Royer, nacional francés, residía en Bélgica con su esposa, que explotaba un café en ese país. Al no haber cumplido las formalidades administrativas necesarias para su residencia, las autoridades belgas competentes le ordenaron que saliera del territorio. Al pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió que el derecho de los nacionales de un Estado miembro de entrar en el territorio de otro Estado miembro

²⁷⁵ Ducroquetz, *op. cit.*, pág. 119. Las conclusiones de la presente sección se basan en los trabajos de esa autora (*ibíd.*, págs. 119 a 123).

²⁷⁶ El párrafo 2 del artículo 3 de la Directiva dispone: «La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas [de orden público o de seguridad pública].».

²⁷⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 8 de abril de 1976, *Jean-Noël Royer*, asunto C-48/75, *Recopilación de Jurisprudencia 1976*, pág. 497; conclusiones del Abogado General H. Mayras, presentadas el 10 de marzo de 1976, *ibíd.*, pág. 521.

y permanecer en él es «un derecho adquirido en virtud del propio Tratado»²⁷⁸. Seguidamente, y sobre la base de las Directivas 68/360/CEE²⁷⁹ y 64/221/CEE, el Tribunal dedujo que la simple omisión por el nacional de la Comunidad de las formalidades legales sobre acceso, desplazamiento y residencia de los extranjeros «no podía por sí solo justificar una medida de expulsión ni la detención preventiva con miras a la expulsión»²⁸⁰. De esa jurisprudencia se desprende que «la expiración del pasaporte utilizado para entrar en el territorio nacional» de un Estado miembro distinto del propio o la falta de un permiso de residencia no pueden justificar una orden de expulsión al amparo de esas Directivas²⁸¹. Asimismo, el incumplimiento de las formalidades administrativas de declaración y registro prescritas por la reglamentación nacional no pueden dar lugar a una expulsión²⁸². Respecto de las personas protegidas por el derecho comunitario, ello sería incompatible con las disposiciones del tratado, habida cuenta de que constituye la negación misma del derecho a la libre circulación que confieren y garantizan el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en los artículos 39 a 55, y los actos adoptados para su aplicación²⁸³.

145. En el asunto *Royer*, el Tribunal de Justicia insiste en aclarar que un comportamiento de ese tipo no puede constituir, por sí solo, un menoscabo del orden público o la seguridad pública. Declara, en efecto, que la reserva relativa al orden público y a la seguridad pública no constituye «una condición previa impuesta a la adquisición del derecho de entrada y residencia sino como una posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de un derecho directamente derivado del Tratado»²⁸⁴. El Tribunal añade que los Estados miembros pueden «expulsar de su territorio a los nacionales de otro Estado miembro cuando las necesidades del orden y la seguridad públicos se ven afectadas por motivos distintos del incumplimiento de las formalidades relativas al control de extranjeros»²⁸⁵. En otras palabras, el incumplimiento de la legislación relativa a las modalidades de entrada y

residencia «no puede, como tal, constituir una amenaza al orden o la seguridad públicos»²⁸⁶. Por lo tanto, toda decisión de expulsar a un nacional de otro Estado miembro basada exclusivamente en una violación de ese tipo es contraria al derecho comunitario.

146. La jurisprudencia comunitaria a este respecto está consagrada en la Directiva 2004/38/CE, y especialmente en el párrafo 2 de su artículo 15, que, al retomar la regla determinada en el párrafo 3 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE, prevé que

[l]a expiración del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado entró en el territorio del Estado miembro de acogida y en base al cual se expidió un certificado de registro o una tarjeta de residencia no constituirá un motivo de expulsión del Estado miembro de acogida.

Además, el párrafo 5 del artículo 5 y el artículo 8, que permiten al Estado miembro de acogida exigir a los ciudadanos de la UE que notifiquen su presencia en el territorio y que se registren ante las autoridades competentes cuando el período de residencia exceda los tres meses, disponen que el incumplimiento de esas obligaciones sólo podrá dar lugar «a la imposición de sanciones proporcionadas y no discriminatorias contra el interesado»²⁸⁷. Es decir, que el incumplimiento de las formalidades administrativas no es una infracción suficientemente grave para que el Estado miembro interesado pueda ordenar una expulsión.

147. En consonancia con esta posición, el Tribunal de Justicia condenó una medida de detención adoptada en los Países Bajos, de conformidad con la Ley sobre los extranjeros de 2000, con miras a la expulsión de un nacional francés por no presentar un documento de identidad. A este respecto, el Tribunal afirma que la presentación de un documento de identidad es «una formalidad administrativa cuyo único objetivo es la comprobación, por las autoridades nacionales, de un derecho que deriva directamente de la condición de la persona de que se trate»²⁸⁸. Seguidamente, recuerda que «las medidas de privación de libertad o de expulsión basadas exclusivamente en el incumplimiento por el interesado de las formalidades legales relativas al control de extranjeros menoscaban la propia esencia del derecho de residencia, directamente reconocido por el derecho comunitario, y resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción»²⁸⁹. En efecto, la Directiva 73/148 «autoriza a los Estados miembros a imponer restricciones al derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros en la medida en que ello esté

²⁷⁸ *Ibid.*, párr. 39.

²⁷⁹ Directiva del Consejo de 15 de octubre de 1968 sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 257, 19 de octubre de 1968, pág. 13.

²⁸⁰ Asunto *Royer* (nota 277 *supra*), párr. 51.

²⁸¹ Karydis, *loc. cit.*, pág. 6, nota 24. En 1997, el Grupo de alto nivel sobre la libre circulación de las personas, presidido por Simone Veil, aún debía insistir en que, a diferencia de lo que sucedía con frecuencia en los Estados miembros interesados, la no posesión de un permiso de residencia válido no debe entrañar jamás, por sí misma, una amenaza de expulsión: véase el informe y conclusiones de ese grupo de 18 de marzo de 1997, anexo a la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento de las recomendaciones del Grupo de alto nivel sobre la libre circulación de las personas, COM(1998) 403 final (1.º de julio de 1998). Puede consultarse un resumen de ese informe en *Agence Europe, Europe documents*, n.º 2030, 9 de abril de 1997; véase también la nota de F. Gazin, «Rapport du groupe Veil sur la libre circulation des personnes», en *Europe*, mayo de 1997, n.º 5, pág. 9.

²⁸² Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 7 de julio de 1976, *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, asunto C-118/75, *Recopilación de Jurisprudencia 1976*, pág. 01185; conclusiones del Abogado General A. Trabucchi, presentadas el 2 de junio de 1976, *ibid.*, pág. 1201.

²⁸³ *Ibid.*, esp. párr. 20.

²⁸⁴ Asunto *Royer* (nota 276 *supra*), párr. 29.

²⁸⁵ *Ibid.*, párr. 41.

²⁸⁶ Karydis, *loc. cit.*, pág. 6, nota 24.

²⁸⁷ El párrafo 5 del artículo 5 se aplica también a los miembros de la familia que no son nacionales de un Estado miembro. Respecto de esos miembros de la familia, se prevé la misma protección en el caso de que no cumplan la obligación de solicitar la tarjeta de residencia para las estancias de más de tres meses o la tarjeta de residencia permanente (párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 20 de la Directiva 2004/38/CE).

²⁸⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane*, asunto C-215/03, párr. 24, *Recopilación de Jurisprudencia 2005*, pág. I-01215; conclusiones del Abogado General P. Léger, presentadas el 21 de octubre de 2004, *ibid.*, pág. 1219. En la Directiva 2004/38, la legislación comunitaria asimila la tarjeta de identidad o el pasaporte válido a una formalidad (véase el considerando 9).

²⁸⁹ *Ibid.*, párr. 40.

justificado por razones de orden público, de seguridad o salud públicas»²⁹⁰. Asimismo, y en este caso, el Tribunal se ajusta a su jurisprudencia en el asunto *Royer*: «[e]l hecho de no haber cumplido las formalidades legales relativas al acceso, el desplazamiento y la residencia de los extranjeros no puede, por sí mismo, constituir un atentado contra el orden y la seguridad públicos»²⁹¹. Por lo tanto, una medida de detención de un nacional de otro Estado miembro, a los fines de su expulsión, adoptada sobre la base de la no presentación de una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, constituye un obstáculo no justificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, es contraria al artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²⁹².

148. Además, el Tribunal de Justicia dictaminó en 2006 que la notificación automática de una orden de expulsión por incumplimiento de la presentación, en el plazo determinado, de los documentos requeridos para obtener un permiso de residencia, es contraria a la legislación comunitaria²⁹³. Ese razonamiento se inscribe en el marco del derecho comunitario europeo y no puede extenderse al derecho de expulsión de extranjeros de fuera de la CE. No obstante, puede considerarse el esbozo de una tendencia cuya extensión es fácil de imaginar en la medida en que el fenómeno de la integración comunitaria se desarrolla en numerosas regiones del mundo y que la experiencia de la Comunidad con frecuencia ha servido de inspiración a otras iniciativas de integración del mismo tipo.

e) Salud pública

149. ¿Qué cabe entender por esta noción de salud pública a los fines de la expulsión? ¿Cabe prever que toda persona enferma podrá ser expulsada por esa razón? ¿O que se trata solamente de las personas portadoras de una infección grave? ¿O de las personas que son vectores voluntarios o involuntarios de una enfermedad contagiosa? La salud pública como motivo específico de expulsión aparece tanto en los textos antiguos como en los modernos. Por ejemplo, en virtud del artículo 7 de la Convención relativa al establecimiento y la competencia judicial contenida en el Tratado de Paz entre el Imperio británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, el

Estado Serbio-Croata-Esloveno y Turquía (Tratado de Lausana), Turquía

se reserva el derecho de expulsar, mediante medidas individuales, como consecuencia de una sentencia judicial, en cumplimiento de las leyes o reglamentos sobre la policía de buenas costumbres, la policía sanitaria o la mendicidad, o por motivos de seguridad interior o exterior del Estado, a los nacionales de las otras potencias contratantes, que éstas se comprometen a recibir en cualquier momento, junto con sus familias.

La expulsión tendrá lugar en condiciones de higiene y humanidad.

150. Un Estado puede tener un margen de apreciación bastante amplio para determinar si existen motivos de salud y seguridad públicas que justifiquen la expulsión de un extranjero²⁹⁴.

151. Las legislaciones nacionales de fin del siglo XIX y principios del siglo XX también procuraron dar respuesta a esas preguntas. Al considerar que «la salud pública interesa en primer lugar a la conservación del Estado»²⁹⁵, muchas de esas legislaciones consideraron como pasibles de expulsión a los «extranjeros con enfermedades epidémicas o contagiosas»²⁹⁶. Como ejemplo, cabe citar el artículo 2 de la Ley de los Estados Unidos de 20 de febrero de 1907 sobre las condiciones de inmigración a los Estados Unidos, según la cual

[s]e denegará la admisión a los Estados Unidos a las siguientes categorías de extranjeros: idiotas, imbeciles, débiles mentales, epilépticos, dementes, personas que hayan estado afectadas por la demencia durante los cinco años precedentes; [...] pobres; personas susceptibles de convertirse en una carga pública, mendigos profesionales; personas afectadas por tuberculosis [...]; personas condenadas por delito grave u otros crímenes o delitos que impliquen perversión moral; [...] anarquistas [...]; personas prostituidas [...]; personas que procuran o tratan de procurar los servicios de prostitutas o muchachas con fines de prostitución; personas designadas como trabajadores con contratos que hayan sido persuadidas u obligadas a emigrar de su país mediante ofertas o promesas de empleo, [...] ya sean trabajadores calificados o no calificados²⁹⁷.

Y, naturalmente, también los extranjeros que ingresen en violación de esas disposiciones podrán ser expulsados²⁹⁸. Al admitir que esa medida «puede parecer inhumana, o al menos rigurosa», de Boeck constata, no obstante, que

[l]a tendencia dominante actualmente en América, y que fue adoptada por Gran Bretaña en 1905, es la del sistema de la selección y la exclusión: en lugar de expulsar a los extranjeros que representan un peligro para la salud pública, se les impide ingresar al país²⁹⁹.

Esa práctica de exclusión en la frontera se aplicó en ese momento de manera sistemática, como se desprende del hecho de que ninguna persona enferma fue expulsada del Reino Unido durante los primeros seis años de aplicación

²⁹⁰ *Ibid.*, párr. 41. En ese sentido, véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 16 de enero de 2003, *Comisión c. Italia*, asunto C- 388/01, *Recopilación de Jurisprudencia 2003*, pág. I-00721, párr. 19. Para el texto de la Directiva 73/148/CEE relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, de 21 de mayo de 1973, véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 172, 28 de junio de 1973, pág. 132.

²⁹¹ Asunto *Salah Oulane* (nota 288 *supra*), párr. 42.

²⁹² En una nota, Kauff-Gazin («Précision juridictionnelle quant à la preuve de la nationalité d'un État membre», *Europe*, abril de 2005, n.º 4, págs. 13 y 14) cuestiona el fundamento utilizado por el Tribunal, a saber, la Directiva 73/148, para juzgar el derecho de circulación y residencia de un turista, al existir desde el 28 de junio de 1990 una directiva general relativa al derecho de residencia.

²⁹³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión c. Bélgica*, asunto C- 408/03, párr. 72, *Recopilación de Jurisprudencia 1976*, pág. I-02647; conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 25 de octubre de 2005, *ibid.*, pág. 2650. Para los ciudadanos de la UE, la Directiva 2004/38 sustituye la tarjeta de residencia por el registro ante las autoridades del Estado miembro de acogida (art. 8).

²⁹⁴ En la causa *Hochbaum*, de 20 de diciembre de 1934, Tribunal de Arbitraje de Alta Silesia, se sostuvo que, por regla general, si la expulsión se debe a motivos relacionados con la seguridad pública, el tribunal no revoca la decisión de las autoridades competentes (*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, pág. 325). Véase también *Re Rizzo and Others (No 2)*, ILR, págs. 500 y 507; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Agee c. Royaume-Uni, Décisions et Rapports*, vol. 7; *R. v. Hone Secretary*, ex parte *Hosenball*, ILR, vol. 73, pág. 635.

²⁹⁵ De Boeck, *op. cit.*, pág. 545.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Respecto de esta Ley, véase especialmente Goulé, «L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février 1907».

²⁹⁸ Véase Martini, *op. cit.*, pág. 65.

²⁹⁹ De Boeck, *op. cit.*, pág. 545; y los ejemplos que figuran en las páginas 545 a 549.

de la Ley de extranjeros de 1905. Pero, ¿cómo se explica la expulsión de aquellos que, si bien estaban sanos en el momento de su ingreso al país, contrajeron una enfermedad epidémica o contagiosa en él, víctimas del entorno, y no importaron gérmenes mórbidos? Solo cabe compartir la opinión de De Boeck sobre ese punto: la expulsión por ese motivo «sería inhumana»³⁰⁰.

152. En los últimos años, la epidemia del SIDA ha planteado problemas nuevos con respecto a la expulsión de extranjeros por consideraciones de salud pública. Se ha señalado que la circulación internacional de personas ha contribuido a la propagación mundial de la epidemia³⁰¹. El hecho de que una persona esté infectada con el VIH/SIDA puede ser un problema de salud pública válido para negar la admisión a un extranjero³⁰². Pero se han planteado dudas en cuanto a si esas restricciones a la libre circulación están justificadas³⁰³, como ha señalado Goodwin-Gill:

La Organización Mundial de la Salud sostiene desde hace mucho que el VIH/SIDA no constituye una amenaza a la salud pública. [...]

En esas circunstancias, la detección del VIH parece cumplir dos funciones, ninguna de las cuales responde a una necesidad sanitaria u económica. [...] En efecto, las limitaciones de las pruebas en cuanto a la prevención del contagio por el VIH son notorias, especialmente el «tiempo de latencia» que separa la contaminación de la aparición de anticuerpos, o también la voluntad conocida de los Estados de no someter a análisis a sus ciudadanos que regresan del extranjero, aun a los que vienen de zonas «en riesgo». Como ha observado un comentarista, los países que exigen una prueba de detección del VIH aceptan actualmente a refugiados que se vuelven a establecer en ellos en un estado de salud que puede entrañar gastos públicos mucho más elevados que todo lo que podría costar un paciente afectado por el SIDA, lo que contradice el argumento financiero a favor del examen de detección³⁰⁴.

153. Se plantea la cuestión de si se puede expulsar a un extranjero que padezca esa enfermedad por motivos de salud y seguridad públicas. Cabe observar que la facultad discrecional de un Estado de reglamentar la inmigración por motivos de salud pública es, quizá, más amplia para no admitir a extranjeros que para expulsarlos³⁰⁵. Esa

³⁰⁰ *Ibid.*, pág. 550.

³⁰¹ «Salvo la contribución relativamente reducida de la sangre y los productos sanguíneos a la epidemia mundial, la propagación del VIH se debe en gran medida al desplazamiento de personas» (Haour-Knipe y Rector, *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, pág. viii).

³⁰² «Un Estado puede exigir a una persona que pretenda entrar en su territorio un certificado médico de buena salud o un certificado de inoculación contra determinadas enfermedades contagiosas. Ese documento debe cumplir la reglamentación nacional del Estado en el que se intenta entrar, que normalmente se basa en reglamentaciones sanitarias internacionales de una organización general o regional de salud. Esas reglamentaciones se aplican en particular a todos los viajeros o a los que llegan de regiones determinadas y su propósito es impedir la propagación de esas enfermedades. [...] Las reglamentaciones de la Organización Mundial de la Salud establecen las medidas de cuarentena que pueden adoptar los Estados miembros con respecto a cuatro enfermedades, a saber, el cólera, la peste, la fiebre amarilla y la viruela. [...] A esa lista de enfermedades contagiosas se ha añadido ahora el SIDA» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 64).

³⁰³ El examen que sigue (párrs. 152 a 165 *infra*) se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 394 a 407.

³⁰⁴ Goodwin-Gill, «AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions», págs. 63 y 64.

³⁰⁵ «Los Estados también tienen una amplia discreción para establecer los motivos de la deportación o expulsión de quienes hayan penetrado en el territorio nacional. En la práctica, los motivos para proceder a la expulsión suelen ser más limitados que los motivos para prohibir la entrada. Contraer una enfermedad contagiosa mientras se esté en el territorio nacional tiene menos posibilidades de constituir *per se* un motivo para la deportación, por ejemplo, aunque la misma enfermedad

puede requerir que se examinen los derechos humanos que asisten al extranjero³⁰⁶. Los criterios pertinentes parecerían incluir el estado de la enfermedad del extranjero y las condiciones médico-sanitarias o la posibilidad de tratamiento en el Estado de la nacionalidad, al que presuntamente se deportaría al extranjero³⁰⁷.

154. Dentro de la UE, las consideraciones de salud pública se reconocen como motivo válido para expulsar a ciudadanos de la Unión y sus familiares. Figuran en el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE. En el artículo 29 de esa directiva se definen las enfermedades que justifican la expulsión del territorio por razones de salud pública. Cabe señalar que las enfermedades contraídas durante los tres meses siguientes a la fecha de llegada de la persona al territorio del Estado de acogida no pueden justificar una expulsión. Este artículo dice lo siguiente:

Salud pública

1. Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales.

2. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio.

3. Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas en el apartado 1. Esos exámenes médicos no podrán tener un carácter sistemático.

155. Las legislaciones nacionales de diversos Estados reconocen como motivo válido de expulsión de los extranjeros las consideraciones de salud pública³⁰⁸. Un Estado puede expulsar a un extranjero, o denegarle la entrada, cuando padezca una enfermedad incluida en una lista o enumeración³⁰⁹ o una enfermedad que sea

hubiera muy bien podido impedir la admisión inicial si se hubiera desarrollado antes de la entrada» (Martin, «The Authority and Responsibility of States», pág. 34).

³⁰⁶ Véase Palmer, «AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights», y Goodwin-Gill, «AIDS and HIV, Migrants and Refugees...».

³⁰⁷ Van Krieken («Health and Migration: The Human Rights and Legal Context») señala lo siguiente: «Se plantea una cuestión importante en referencia a la legislación de los derechos humanos: ¿devolver a una persona a un país en el que puede no tener acceso a servicios de salud adecuados constituye un trato inhumano o degradante? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado esas cuestiones en varios casos. Casi siempre se ha autorizado el retorno» (pág. 299). «Los criterios parecerían ser, pues, la situación de la enfermedad y las condiciones en el país de origen» (pág. 301). «Por último, los casos en los que no ciudadanos impugnan la expulsión por motivos de enfermedad o falta de servicios en el país de origen sólo tienen posibilidades de prosperar en circunstancias especiales» (pág. 302).

³⁰⁸ El examen de las legislaciones y jurisprudencias nacionales sobre este punto se han tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 392 a 399.

³⁰⁹ Belarús, Ley de 1998, arts. 14, 15 y 20; Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 5), 64, 4), 65, 1) y 66; China, Reglamento de 1986, arts. 7, 4) y 20; Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 13), 9, 13) y 18, 9); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), c); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 1) y 7, 4); y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), a).

hereditaria³¹⁰, incapacitadora³¹¹, crónica³¹², epidémica, infecciosa, contagiosa o transmisible³¹³ o que haga indeseable la presencia del extranjero por razones médicas³¹⁴; VIH/SIDA³¹⁵, tuberculosis³¹⁶, lepra³¹⁷ o enfermedades venéreas³¹⁸; defectos físicos³¹⁹; una enfermedad o discapacidad mental³²⁰ o retraso mental³²¹; alcoholismo o drogadicción³²²; vejez³²³; o un estado grave de salud³²⁴. Un Estado puede hacerlo también si un extranjero amenaza la salud del público³²⁵ o de la fauna del territorio del Estado³²⁶; procede de una región con problemas epidemiológicos³²⁷; no reúne criterios o condiciones de salud deter-

³¹⁰ Brasil, Decreto de 1981, art. 52, II); y Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 3) y 7, 2).

³¹¹ Brasil, Decreto de 1981, art. 52, III).

³¹² Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 3) y 7, 2).

³¹³ China, Reglamento de 1986, arts. 7, 4) y 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 1), A) y 232, a); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 13), 9, 13) y 18, 9); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 1) y 7, 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, d); Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 1) y 7, 1); República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 1) y 1), 8) y 46, 1), 2); y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), a).

³¹⁴ Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), c), ii); y Nigeria, Ley de 1963, art. 50, d).

³¹⁵ China, Reglamento de 1986, arts. 7, 4) y 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 1), A), i), g), 1) y 232, a); y Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 13), 9, 13) y 18, 9).

³¹⁶ China, Reglamento de 1986, arts. 7, 4) y 20.

³¹⁷ *Ibíd.*

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ Brasil, Decreto de 1981, art. 52, IV). Un Estado puede considerar pertinentes sólo los defectos físicos que supongan una amenaza para el orden público (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 1), A), iii), g), 3) y 232, a)).

³²⁰ Puede ser cualquier enfermedad o discapacidad mental (Brasil, Decreto de 1981, art. 52, I); China, Reglamento de 1986, arts. 7, 4) y 20; Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), b); Nigeria, Ley de 1963, arts. 18, 1), b) y 39, 1) y 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, e); República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 5) y 1), 8) y 46, 1), 2)) o sólo una que impida discernir entre lo correcto y lo incorrecto (Japón, Orden de 1951, art. 5, 2)); o provoque una alteración del comportamiento (Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 2) y 7, 1)); o debilita de otro modo (Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 3) y 7, 2)); o afecte al orden público o lo ponga en peligro (Suiza, Ley Federal de 1931, art. 10, 1), c) y 2); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 1), A), iii), g), 3) y 232, a)).

³²¹ Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 3) y 7, 2).

³²² Brasil, Decreto de 1981, art. 52, V); República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 1) y 1), 8) y 46, 1), 2); Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 6) y 7, 4); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ, arts. 7, 13), 9, 13) y 18, 9); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, a), 50), f), 1), 212, a), 1), A), iv), 232, a) y 237, a), 2), B), ii).

³²³ Paraguay, Ley de 1996, art. 35, b).

³²⁴ *Ibíd.* Compárese con Francia, Código, art. L521-3, 5), que no permite expulsar cuando hacerlo tendría consecuencias excepcionalmente graves para la salud del extranjero.

³²⁵ Alemania, Ley de 2004, art. 55, 2), 5); Belarús, Ley de 1998, arts. 14, 15 y 20, y Ley de 1993, arts. 20, 2) y 25, 1); Brasil, Decreto de 1981, art. 101, y Ley de 1980, art. 67; Canadá, Ley de 2001, art. 38, 1), a); Dinamarca, Ley de 2003, art. 25, ii); Federación de Rusia, Ley de 1996, arts. 25.10 y 27; Finlandia, Ley de 2004, arts. 11, 1), 5) y 168, 1) y 2); Honduras, Ley de 2003, art. 89, 3); Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 45, 2), b); Lituania, Ley de 2004, art. 7, 5); Madagascar, Ley de 1962, art. 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 18, 36 (modificado por la Ley n.º 6 de 1980, párr. 10) y 38; Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 21, 1), 5); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); y República de Corea, Ley de 1992, arts. 11, 1), 1) y 1), 8) y 46, 1), 2).

³²⁶ Belarús, Ley de 1998, art. 20.

³²⁷ *Ibíd.*, e Italia, Decreto Ley de 1996, art. 4, 2).

minados³²⁸; puede suponer una carga excesiva para los servicios de salud del Estado³²⁹; o no presenta certificados de vacunación³³⁰.

156. Al extranjero se le puede exigir que se someta a un reconocimiento médico³³¹ (que puede implicar detención)³³² o que tenga fondos suficientes para costear sus gastos médicos³³³. La expulsión de un extranjero por ese motivo se puede reconsiderar por el cumplimiento, por parte del extranjero, de lo que dispongan las autoridades sanitarias del Estado³³⁴; o por la existencia de un acuerdo o relación especial entre el Estado del extranjero y el Estado que procede a la expulsión³³⁵. Los lazos familiares con nacionales del Estado³³⁶ pueden afectar o no³³⁷ a la situación del extranjero a este respecto, mientras que los motivos contemplados en la presente sección pueden hacerse extensivos a toda la familia del extranjero³³⁸. También pueden aplicarse a los extranjeros que se consideran residentes transitorios³³⁹.

157. Cabe observar que algunos tribunales nacionales han sostenido que los extranjeros que sufren enfermedades graves no pueden ser expulsados cuando esa expulsión constituya una violación de los derechos humanos³⁴⁰.

f) *Buenas costumbres*

158. El menoscabo de las buenas costumbres ha sido reconocido como motivo válido para expulsar a extranjeros en el derecho convencional, la práctica de los Estados³⁴¹ y la doctrina³⁴².

³²⁸ Brasil, Ley de 1980, arts. 7, V) y 26.

³²⁹ Canadá, Ley de 2001, art. 38, 1), c) y 2).

³³⁰ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 1), A), ii), B), g), 2) y 232, a).

³³¹ Belarús, Ley de 1998, art. 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 232, a) y 240, c), 1), B); Japón, Orden de 1951, arts. 7, 1) y 9; Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1) c), i); Nigeria, Ley de 1963, art. 50, d).

³³² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 232, a).

³³³ Hungría, Ley de 2001, art. 4, 1), d); y Lituania, Ley de 2004, art. 7, 3).

³³⁴ Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), c).

³³⁵ Finlandia, Ley de 2004, art. 168, 1) y 2); e Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 45, 2), b).

³³⁶ Canadá, Ley de 2001, art. 38, 2); Paraguay, Ley de 1996, arts. 7 y 35, b); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 1), B) y g), 1).

³³⁷ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 38.

³³⁸ Brasil, Ley de 1980, art. 26, 2).

³³⁹ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 36 (modificado por Ley n.º 6 de 1980, párr. 10); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 232, a).

³⁴⁰ Respecto de este punto, véase la jurisprudencia citada en el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 578 a 584.

³⁴¹ «Es muy común que se pueda ordenar la deportación de un extranjero [...] por causa de [su] conducta inmoral (incluidas la prostitución y la utilización de estupefacientes)» (Plender, *op. cit.*, págs. 467 y 468 (en referencia, entre otros, en la nota 119, a Dinamarca, Ley de extranjería n.º 226 de 8 de junio de 1983, art. 25, 2), y Nigeria, Ley de 1963, art. 17, 1, g) y h).

³⁴² «Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, infringen determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: [...] 3. Entregarse a actividades [...] que son perjudiciales para [...] las buenas costumbres» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, págs. 90 y 91).

159. El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio europeo de establecimiento dispone lo siguiente:

Los nacionales de cualquier Parte Contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte únicamente podrán ser expulsados cuando amenacen la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

160. La expulsión por motivos relacionados con las buenas costumbres está contemplada en la legislación nacional de varios Estados³⁴³. Así, un Estado puede expulsar a un extranjero que haya favorecido o promovido la prostitución u otra forma de explotación sexual³⁴⁴, o la trata de personas³⁴⁵, o haya obtenido beneficios de ellas. Un Estado puede hacerlo igualmente si un extranjero se dedica a la prostitución, permanente u ocasionalmente³⁴⁶; participa de otro modo en comportamientos sexuales prohibidos³⁴⁷ o en delitos sexuales³⁴⁸, ha traficado con órganos humanos³⁴⁹; ha obtenido beneficios³⁵⁰ de las drogas utilizadas como estupefacientes o de otras sustancias psicotrópicas o psicogénicas, ha participado en el contrabando³⁵¹, el tráfico³⁵² o la producción³⁵³ de ellas, las ha poseído³⁵⁴ o se ha visto implicado³⁵⁵ de otro modo con ellas; ha raptado a menores o ha hecho que éstos participen en actividades

³⁴³ El examen de las legislaciones nacionales sobre este punto se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 403 a 406.

³⁴⁴ Argentina, Ley de 2004, art. 29, *h*); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, *a*), 2), *D*), *ii*) y 278; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), *a*); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8; Japón, Orden de 1951, arts. 5, 7) y 24, 4), *j*); Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), *e*); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), *h*) y 3), *a*) y *e*) a *g*); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *a*); y Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 6).

³⁴⁵ Argentina, Ley de 2004, art. 29, *h*); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), *g*); Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 2), 17, 63, 2) y 65, 1) a 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, *a*), 2), *D*), *ii*), *H*), *i*) y 278; Hungría, Ley de 2001, art. 46, 2); y Japón, Orden de 1951, arts. 2, 7), 5 7)-2 y 24, 4), *c*).

³⁴⁶ Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 3); China, Reglamento de 1986, art. 7, 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 2), *D*), *i*); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 7), 24, 4), *j*) y 62, 4); Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), *e*); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), *g*) y 3), *g*); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *a*); y Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 6).

³⁴⁷ Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8, *a*).

³⁴⁸ Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), *a*).

³⁴⁹ Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 6).

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), *b*) y 47, 1), *b*); y Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), *b*).

³⁵² Alemania, Ley de 2004, art. 54, 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), *g*); Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 2), 17, 63, 2) y 65, 1) a 3); China, Reglamento de 1986, art. 7, 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 2), *C*); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), *a*); Hungría, Ley de 2001, art. 46, 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *a*); Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 6); y Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), *b*).

³⁵³ Alemania, Ley de 2004, art. 54, 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), *b*) y 47, 1), *b*); y Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), *b*).

³⁵⁴ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), *b*) y 47, 1), *b*); y Japón, Orden de 1951, art. 5, 6).

³⁵⁵ Alemania, Ley de 2004, art. 53, 2); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22, *iv*); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, *a*), 2), *A*), *i*), *II*), *h*) y 237, *a*), 2), *B*); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8; y Japón, Orden de 1951, arts. 5, 5) y 24, 4), *h*).

ilícitas³⁵⁶; ha cometido delitos de violencia doméstica³⁵⁷; o se ha dedicado al juego o ha obtenido ingresos importantes del juego³⁵⁸.

161. Conforme a la legislación de algunos Estados, la expulsión por motivos relacionados con las buenas costumbres se puede aplicar a un extranjero que sea miembro de una organización que participe en la trata de personas³⁵⁹ o el tráfico de drogas³⁶⁰; cause daño o amenace a las buenas costumbres nacionales o públicas³⁶¹; cometa un delito de inmoralidad³⁶²; ofenda gravemente las buenas costumbres³⁶³; se entregue a una conducta inmoral³⁶⁴ o no tenga un buen carácter moral³⁶⁵; opere en un entorno de disipación moral³⁶⁶; sea incapaz de llevar una vida decente³⁶⁷; o tenga la intención de dedicarse a la explotación comercial del vicio³⁶⁸.

162. Ese motivo se puede aplicar cuando haya dado comienzo el procedimiento penal³⁶⁹ o cuando el extranjero haya cometido el acto o haya infringido la legislación pertinente³⁷⁰. La legislación pertinente puede prever

³⁵⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 10), *C*); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), *a*); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8; Japón, Orden de 1951, art. 2, 7), *b*) y *c*); y Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), *h*), *ii*) a *iv*), 3), *b*) a *d*) y *f*). Los Estados Unidos pueden eximir a un funcionario público extranjero de la aplicación de ese motivo por decisión discrecional del Secretario de Estado, o si el niño se encuentra en un Estado parte en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 10), *C*), *iii*) *II*) y *III*)).

³⁵⁷ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, *a*), 2), *E*); y Francia, Código, art. L541-4.

³⁵⁸ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101, *a*), 50), *f*), 4) y 5); y Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *b*).

³⁵⁹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 27, 1), *c*) y 47, 1), *c*); Canadá, Ley de 2001, art. 37, 1), *b*).

³⁶⁰ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 27, 1), *c*) y 47, 1), *b*); y Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), *b*).

³⁶¹ Brasil, Decreto de 1981, art. 101, y Ley de 1980, arts. 64 y 67; Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 2), 17, 63, 2) y 65, 1) a 3); Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10; Madagascar, Ley de 1962, art. 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 18 y 38; y República de Corea, Ley de 1992, art. 11, 1), 4) y 1), 8).

³⁶² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 2), *A*), *i*), *I*) y *ii*).

³⁶³ Suiza, Reglamento de 1949, art. 16, 2).

³⁶⁴ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, *a*).

³⁶⁵ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101, *a*), 50), *f*).

³⁶⁶ Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 7).

³⁶⁷ Suecia, Ley de 1989, art. 2.4. En Suecia se puede conceder al extranjero un permiso de residencia de duración limitada en vez de un permiso de residencia ordinario, habida cuenta del estilo de vida que se espera adopte el extranjero (Suecia, Ley de 1989, art. 2.4, *b*)).

³⁶⁸ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, *a*), 2), *A*), *i*), *I*) y *iii*).

³⁶⁹ Alemania, Ley de 2004, art. 53, 2); Argentina, Ley de 2004, art. 29, *h*); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), *g*); Brasil, Decreto de 1981, art. 101, y Ley de 1980, art. 67; Dinamarca, Ley de 2003, art. 22, *iv*); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, *a*), 50), *f*), 5) y 237, *a*), 2), *B*), *i*) y *E*); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), *a*); Japón, Orden de 1951, arts. 5, 5) y 24, 4), *h*); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 29, 1), *b*).

³⁷⁰ Alemania, Ley de 2004, art. 54, 3); Argentina, Ley de 2004, art. 29, *h*); Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), *b*) y *c*) y 47, 1), *b*) y *c*); Brasil, Ley de 1980, art. 64; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, *a*), 50), *f*), 3) y 212, *a*), 2), *C*) y *D*); Hungría, Ley de 2001, art. 32, 1), *b*); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4, 3) y 8; Japón, Orden

sanciones, además de la expulsión³⁷¹, o especificar que la expulsión se producirá después de que el extranjero haya cumplido condena, especialmente pena de prisión³⁷²; o si la condena del extranjero no incluye la expulsión³⁷³.

163. La expulsión de un extranjero por motivos relacionados con las buenas costumbres puede depender en parte de su condición de residente³⁷⁴ o la condición de residentes de sus familiares³⁷⁵; que reúna las condiciones para estar exento del requisito de visado u otros requisitos parecidos³⁷⁶; el tiempo que lleve viviendo en el territorio del Estado en el momento de cometer el acto³⁷⁷; que haya entrado en el territorio del Estado antes de que se manifiesten los motivos de expulsión³⁷⁸; que represente una amenaza para los intereses nacionales³⁷⁹; que proceda de un Estado que no tenga un acuerdo ni una relación especial con el Estado que expulsa³⁸⁰; su condición de víctima de trata de personas cuando comete el acto³⁸¹; o su condición de residente con carácter transitorio³⁸². Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados conforme a esta sección si existen motivos para expulsar al extranjero³⁸³.

164. Los tribunales nacionales de algunos Estados han confirmado la expulsión de extranjeros por motivos relacionados con las buenas costumbres³⁸⁴.

de 1951, arts. 5, 6) y 24, 4), h); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), g) y h) y 3), a) a g); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, a); y Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 6) y 7).

³⁷¹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 278; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 12, 3 *ter*), Ley n.º 40 de 1998, art. 10, 3) y Decreto Ley de 1996, art. 8, 1).

³⁷² Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 47, 4).

³⁷³ *Ibíd.*, art. 57, 1), g).

³⁷⁴ Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 3); Dinamarca, Ley de 2003, art. 22, iv); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, h); e Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 12.

³⁷⁵ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, h), l), B).

³⁷⁶ Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 3).

³⁷⁷ *Ibíd.*; Dinamarca, Ley de 2003, art. 22, iv); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, h).

³⁷⁸ China, Reglamento de 1986, art. 7, 3). Compárese con Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), e), y con Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), h), en las que se considera que existen motivos con independencia de que el acto se haya cometido antes o después de la entrada del extranjero en el territorio del Estado, y con los Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 2), D), i) a iii), según el cual existen motivos si el extranjero se dedicó a la prostitución en los diez años anteriores a su entrada en el territorio de los Estados Unidos o pretende ejercer esa actividad durante su estancia en él.

³⁷⁹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 27, 1), b).

³⁸⁰ Italia, Decreto Ley de 1996, art. 8, 1).

³⁸¹ Canadá, Ley de 2001, art. 37, 2), b); y Japón, Orden de 1951, arts. 5, 7)-2 y 24, 4), a).

³⁸² Japón, Orden de 1951, art. 2, 4, 4).

³⁸³ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 2), C), ii) y H), ii) y iii).

³⁸⁴ Véanse por ejemplo, Egipto, *Re Th. and D.*, Consejo de Estado, 16 de marzo de 1953, ILR, vol. 18, pág. 302 («En el artículo 2, 2) del Decreto Ley de 22 de junio de 1938 se incluye entre los motivos que justifican la expulsión el haber cometido un acto contrario a la moral pública y los demandantes han cometido un acto que ciertamente lo es; un acto que va contra la ley divina y humana; si la expulsión se basa en ese motivo, está justificada en derecho sin lugar a dudas») (en relación con el concubinato); Canadá, *Hecht v. McFaul and Attorney-General of the Province of Quebec*, Tribunal Superior de Quebec, 26 de enero de 1961, *ibíd.*, vol. 42, págs. 226 a 229 (expulsión a causa de condena por delitos de inmoralidad). Véase también Guyana,

i) *Mendicidad y vagabundeo*

165. En el derecho relativo a la expulsión se consideraba, hasta comienzos del siglo XX, que la mendicidad y el vagabundeo eran también causas que expulsión, por considerarse que los mendigos y los vagabundos eran «peligrosos»³⁸⁵. Por ejemplo, en Francia el artículo 272 del Código penal monárquico disponía expresamente que «los individuos declarados judicialmente como vagabundos, si son extranjeros, podrán ser llevados, por orden del Gobierno, fuera del territorio del Reino»³⁸⁶. Esas normas sobre expulsión se aplicaron a numerosas personas de esa categoría.

166. En Suiza podían ser expulsadas «las personas sin recursos»³⁸⁷. Asimismo, el artículo 6 de la Ley de Luxemburgo de 30 de diciembre de 1893 disponía que «podrán ser conducidos inmediatamente a la frontera por la fuerza pública» los extranjeros no residentes «en situación de vagabundeo o mendicidad, o en contravención a la ley sobre las profesiones ambulantes en una frontera común del país»³⁸⁸.

167. Es posible incluir esas causas de expulsión en el motivo de orden público, que, como se ha visto, puede ser muy flexible y cuyo contenido puede variar de un país a otro. También pueden ser incluidas en el motivo de tranquilidad pública. Pero cabe preguntarse si forman parte del orden público o si constituyen motivos autónomos. En todo caso, cabe dudar de que esas causas sean aceptables en la actualidad a la luz del derecho internacional. Por lo demás, el derecho interno de ciertos Estados somete, por ejemplo, la mendicidad a las normas de policía municipal³⁸⁹ y considera que se pueden imponer restricciones a la mendicidad en la vía pública pero a condición de que esas restricciones sean limitadas tanto en el espacio como en el tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias³⁹⁰. Es evidente que se trata de «restricciones» limitadas en función del tiempo y del espacio, y no de una prohibición; mucho menos entonces podrían constituir, en esas condiciones, un motivo de expulsión.

ii) *Perversión y conducta disoluta*

168. Algunas legislaciones antiguas consideraban que, al igual que la mendicidad y el vagabundeo, los actos de

Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *ibíd.*, vol. 71, pág. 460 («Lo que no es 'propicio al bien público' de un país podía consistir no sólo en oponerse a la paz y el orden, sino también a sus 'intereses sociales' y 'materiales', abarcando de ese modo un ámbito más amplio que la limitada categoría de 'la paz y el orden'»).

³⁸⁵ Martini, *op. cit.*, pág. 60.

³⁸⁶ Citado en *ibíd.*, págs. 60 y 61.

³⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 61.

³⁸⁸ Citado en *ibíd.*

³⁸⁹ Véase el artículo L.2213-4 del Código general de las entidades territoriales de Francia.

³⁹⁰ A este respecto, véase, Francia, Tribunal Administrativo de Pau, 22 de noviembre de 1995, *Couveinhes Jacques et Association «Sortir du fond» c. Commune de Pau, Les Petites Affiches*, n.º 66 (31 de mayo de 1996), conclusiones del comisario gubernamental Madec; Tribunal Administrativo de Poitiers, 19 de octubre de 1995, *Massaoud Abderrezac c. Commune de La Rochelle. Revue française de droit administratif*, 12 (2) (marzo-abril de 1996), pág. 377; Tribunal Administrativo de Apelaciones de Burdeos, *Commune de Tarbes* (nota 120 *supra*).

perversión o una vida disoluta eran motivos de expulsión. Algunas obras antiguas mencionan, como ejemplo, el caso de la expulsión de una familia francesa de tres miembros, los Bettinger, del cantón de Soleure en Suiza hacia finales del siglo XIX, no solamente porque desde hacía bastante tiempo se habían convertido en una carga pública, sino también porque el padre y la hija habían caído en una desmoralización completa y no podían encontrar ningún lugar donde alojarse, y todos los miembros de la familia eran incapaces de trabajar³⁹¹. También en Suiza, un ciudadano del cantón Basilea Campo pidió al Consejo Federal, el 1.º de septiembre de 1885, la expulsión de George Grüner, de Viena, quien, según el solicitante, «tiene una conducta inmoral y perturba la paz de muchas familias»³⁹². El Consejo Federal transmitió la solicitud al gobierno cantonal, competente para decidir sobre esa cuestión. Martini se refirió a comienzos del siglo XX al caso de extranjeros «expulsados por contravenir la ley del juego»³⁹³. Indicaba también que los cónsules podían naturalmente adoptar esa medida, en los lugares donde habían conservado «el derecho de expulsar a sus nacionales», como en China³⁹⁴. La prostitución está comprendida también en ese motivo de perversión y vida disoluta. En Inglaterra, por ejemplo, la prostitución era delito, y la Ley de extranjeros de 1905 autorizaba al Ministro del Interior a emitir una orden de expulsión si un tribunal confirmaba que había condenado al extranjero por el delito de prostitución³⁹⁵. La Ley de los Estados Unidos de 20 de febrero de 1907 prohibía el ingreso al territorio de prostitutas y proxenetas (art. 2), y autorizaba la expulsión de esas dos categorías de personas (art. 20)³⁹⁶. En el mismo sentido, y aunque no mencionaba expresamente la prostitución, la Ley del Brasil de 7 de diciembre de 1907 disponía, en su artículo 2, que «[s]on motivos suficientes de expulsión el vagabundeo, la mendicidad o el proxenetismo debidamente demostrados»³⁹⁷. En 1927, de Boeck afirmaba que el principio según el cual «[l]os actos de perversión notorios y reiterados y una vida disoluta constituían causas legítimas de expulsión era admitido tácitamente, estaba consagrado en las leyes de todos los países y era universalmente aplicado»³⁹⁸.

169. Con excepción de los cuatro casos examinados, las legislaciones nacionales consagran otros motivos de expulsión, a veces inesperados. Se observan en esa época expulsiones por causas políticas tan diversas como «actividades anarquistas», «apología del asesinato»³⁹⁹, «excitación malsana»⁴⁰⁰, «espionaje» o la sospecha de

espionaje⁴⁰¹, intrigas y confabulaciones contra el Estado⁴⁰² o contra terceras potencias⁴⁰³, resistencia a la ley⁴⁰⁴, «antimilitarismo violento»⁴⁰⁵, «llamamientos a la sedición»⁴⁰⁶ y «profanación del pabellón»⁴⁰⁷.

170. Esas causas de expulsión no plantean ningún problema particular en la medida en que pueden ser incluidas fácilmente en los motivos de seguridad pública o de orden público.

171. Hay dos motivos que son más inusuales, uno relativamente antiguo, que puede calificarse de ideológico, y el otro, más reciente, que puede calificarse de cultural.

g) Motivo ideológico y actividad política

i) La ideología

172. Este motivo surge con el advenimiento del régimen socialista en Rusia. La Ley de 19 de mayo de 1903 fue reemplazada por el Decreto sobre la expulsión de extranjeros de la Rusia Soviética, de 29 de agosto de 1921, cuyo artículo 1 dispone que

[l]os extranjeros cuyo estilo de vida, actividad o conducta sean considerados incompatibles con los principios y el conjunto de la vida de un Estado obrero y campesino, podrán ser expulsados por la Comisión extraordinaria (Checa) o por decreto de un tribunal, aun cuando anteriormente hubieran sido autorizados a residir en Rusia⁴⁰⁸.

ii) Actividades políticas

173. Las consideraciones políticas pueden ser un factor pertinente para determinar la expulsión de los extranjeros por razones de orden público o seguridad nacional, pero no constituyen un motivo propiamente dicho conforme al derecho internacional⁴⁰⁹.

⁴⁰¹ Véase el caso de Charles Hofmann de Carlsbad (Bohemia), condenado por fraude contra Suiza, al proclamarse coronel retirado, bajo el nombre de barón Courtier, y obtener acceso a establecimientos militares de Thoune (Suiza); fue también expulsado bajo sospecha de espionaje (véase *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, t. 20, págs. 671 y 672).

⁴⁰² Véase el caso de expulsión en 1718 del Príncipe de Cellamare, Embajador de España en París, por haber conspirado contra el regente de Francia (véase RGDIP, t. XIV (1907), pág. 181).

⁴⁰³ Véase el caso de expulsión de Bélgica, en 1872, del Conde de Chambord «después de conciliábulos de ese pretendiente con sus partidarios, en el hotel Saint-Antoine en Amberes» (véase *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1889, pág. 73).

⁴⁰⁴ Véase el caso de la expulsión del Monseñor Montagnini, secretario de la nunciatura de la Santa Sede, por haber transmitido a tres curas de París la orden de violar la ley de separación de la Iglesia y el Estado, y llevar a los clérigos a la lucha en nombre del partido clerical (véase la nota 254 *supra*).

⁴⁰⁵ Véase el caso de expulsión de Hugo Nanni (Martini, *op. cit.*, pág. 73).

⁴⁰⁶ Véase el caso de expulsión de Suiza, en 1901, de seis italianos, entre ellos un estudiante, que durante una manifestación pública habían gritado: «abajo el ejército» (ibíd., pág. 74).

⁴⁰⁷ Véase el caso de expulsión de Francia de Ghio por haber desgrado en Canet el pabellón francés (ibíd.).

⁴⁰⁸ Citado por Fauchille, *op. cit.*, pág. 978.

⁴⁰⁹ «Los comentaristas clásicos reconocían la potestad de expulsar a extranjeros pero solían afirmar que esa potestad sólo podía ejercerse cuando hubiera un motivo. Grocio habló del derecho soberano a expulsar a los extranjeros que desafían el orden político establecido del Estado que expulsa y se entregan a actividades sediciosas en él. Pufendorf se explayó sobre esa opinión. En la correspondencia diplomática

³⁹¹ Véase *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, t. 20, págs. 661 y 662; y De Boeck, *op. cit.*, pág. 543.

³⁹² De Boeck, *op. cit.*, pág. 542.

³⁹³ Martini, *op. cit.*, pág. 61.

³⁹⁴ Ibíd., págs. 61 y 62.

³⁹⁵ Ibíd., pág. 82.

³⁹⁶ De Boeck, *op. cit.*, págs. 544 y 545.

³⁹⁷ Ibíd., pág. 545.

³⁹⁸ Ibíd., pág. 542.

³⁹⁹ Martini, *op. cit.*, pág. 69.

⁴⁰⁰ Véase, por ejemplo, la expulsión de Suiza en 1881 del Príncipe Kropotckine, por haber «pronunciado discursos en público, incitando a los obreros a apoderarse violentamente de bienes» y derrocar por la fuerza el orden establecido, y por haber «glorificado el asesinato del zar Alejandro II», entre otros (ibíd.).

174. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa confirmó, en la Recomendación 769 (1975) sobre la condición jurídica de los extranjeros, la prohibición de expulsar a los extranjeros por motivos políticos o religiosos, incluidos los extranjeros en situación ilegal⁴¹⁰.

175. Las legislaciones nacionales de algunos Estados prescriben la expulsión de un extranjero que intervenga en la política interna del Estado⁴¹¹, por ejemplo votando cuando no esté autorizado a hacerlo⁴¹² o interfiriendo en el ejercicio del derecho a participar en la vida política que el Estado reserva a sus nacionales⁴¹³; sea miembro de un partido totalitario o fascista o de un partido que fomente la revolución mundial⁴¹⁴; o presente a las autoridades del Estado documentos u otra información que sean ideológicamente falsos⁴¹⁵. La legislación pertinente puede autorizar expresamente la aplicación de sanciones penales además de la expulsión⁴¹⁶.

176. Los tribunales nacionales de algunos Estados se han ocupado de casos de expulsión de extranjeros por razones relacionadas con su actividad política⁴¹⁷. No obstante, la mayoría de esas expulsiones se ha justificado

antigua se expresa el mismo principio, con la misma salvedad» (Plender, *op. cit.*, pág. 461 (en referencia a Grocio, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, libro II, cap. II, pág. xvi; y Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1866, libro III, cap. III, párr. 10). «Además de los motivos económicos y sociales que hacen a alguien indeseable, a menudo las razones políticas, especialmente la guerra, han sido el fundamento de las órdenes de expulsión» (Borchard, *op. cit.* pág. 52). «Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, violan determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: [...] 4. Participar en actividades políticas indeseables» (Sohn y Buergethal, *op. cit.*, págs. 90 y 91). «La expulsión precedida de una sentencia judicial y la expulsión ordenada por el poder ejecutivo por motivos de política general son fácilmente distinguibles [de una expulsión aceptable por violación de la legislación interna], pero también en este caso, con respecto a la última, se acepta que la 'política' de cada nación debe determinar si se permitirá que el extranjero continúe residiendo en el país» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 206).

⁴¹⁰ «Un extranjero sin permiso de residencia válido sólo puede ser expulsado del territorio de un Estado miembro por motivos jurídicos específicos que no sean políticos ni religiosos» (Recomendación 769 (1975), principio 9).

⁴¹¹ Un Estado puede prohibir o limitar la participación del extranjero en su política interna o en sus asuntos públicos (Brasil, Ley de 1980, arts. 106 y 107; y República de Corea, Ley de 1992, art. 17, 2) y 3)), o en sus organizaciones culturales o de otro tipo (Brasil, Ley de 1980, arts. 107 a 109).

⁴¹² Brasil, Ley de 1980, arts. 124, XI) y 127; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 10), D) y 237, a), 6).

⁴¹³ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 1), d).

⁴¹⁴ Belarús, Ley de 1998, art. 14; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, a), 37), 40) y 50), e) y 212, a), 10), D).

⁴¹⁵ Argentina, Ley de 2004, arts. 29, a) y 62, a).

⁴¹⁶ Brasil, Ley de 1980, arts. 124, XI) y 125 a 127; y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 2).

⁴¹⁷ Véanse, por ejemplo, Francia, *Perregaux*, Consejo de Estado, 13 de mayo de 1977, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, 1977, pág. 216; Bélgica, *Bujacz*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, ILR, vol. 20 (1953), págs. 336 y 337; Estados Unidos, *Lopez v. Howe*, *Immigration Commissioner*, Tribunal de Apelación, Segundo circuito, 14 de mayo de 1919 (*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, págs. 252 y 253) (expulsión de un destacado filósofo anarquista); Ex Parte *Pettine*, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachusetts, 3 de junio de 1919, *ibíd.*, págs. 251 y 252; y *Galvan v. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de mayo de 1954, ILR, vol. 21 (1954), págs. 213 a 218.

por otros motivos, como el orden público o la seguridad nacional⁴¹⁸.

h) Motivo «cultural»

177. Este motivo tiene que ver con lo que ciertos Estados del Golfo Pérsico consideran actualmente como una «amenaza a la identidad». Se informa de que, en un artículo reciente, Tarik Al-Maena, de *Arab View*, expresa la inquietud de los países árabes por la «amenaza a la identidad» derivada de la presencia de un gran número de trabajadores extranjeros en su territorio. Según el Ministro de Trabajo de Bahrein, citado por esa fuente, «[e]n ciertas regiones del Golfo uno no sabe si se encuentra en un país árabe-musulmán o en una región asiática. En esos casos no se puede hablar de 'diversidad'. Ninguna nación del planeta puede aceptar una erosión de su cultura en su propio 'territorio'»⁴¹⁹. Según el periodista Al-Maena, el Ministro de Trabajo de Bahrein ha anunciado que su país propondrá la introducción de un límite máximo de seis años para los permisos de trabajo emitidos a extranjeros que trabajan en los países del Golfo. Esa propuesta se presentaría a la cumbre del Consejo de Cooperación del Golfo (integrado por la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Omán y Qatar) que se celebraría en Doha en diciembre de 2007. Esa propuesta se presentó en el contexto de una gran preocupación por la erosión de las costumbres sociales y culturales locales. Según el Ministro de Trabajo, «la mayoría de los trabajadores extranjeros proviene de medios culturales y sociales que no se pueden asimilar o adaptar a las costumbres locales»⁴²⁰. Además, acaparan puestos de trabajo que la mano de obra local necesitará imperiosamente. El Ministro de Trabajo de los Emiratos Árabes Unidos, Ali Bin Abdullah Al Káabi, indicó que su país compartía las preocupaciones de Bahrein y que, con más de 14 millones de trabajadores migrantes en la región, esa cuestión figuraría con carácter prioritario en el programa de la cumbre del Consejo de Cooperación del Golfo ya citada. El periodista Al-Maena concluye diciendo: «La propuesta de Bahrein, de ser aceptada, enviará a los 14 millones de migrantes que viven actualmente en los países del Consejo de Cooperación del Golfo un mensaje claro de que ha llegado el momento de considerar otras posibilidades. Para algunos de ellos esa situación será dolorosa, porque han llevado a sus

⁴¹⁸ Véanse, por ejemplo, *Perregaux* (véase la nota precedente), pág. 217 («[E]l comportamiento de carácter político no es, de por sí, suficiente para proporcionar una justificación jurídica a la deportación de un extranjero cuya presencia en el territorio francés no constituya una amenaza para el orden público ni la confianza pública»); *Bujacz* (véase la nota precedente), pág. 337 («El demandante sostiene que los extranjeros tienen derecho a gozar de la 'libertad de pensamiento' y la 'libertad de asociación política'; no obstante, el disfrute de esas libertades por los extranjeros está necesariamente limitado por disposiciones jurídicas que, en aplicación del artículo 128 de la Constitución, permiten castigar con la expulsión las actividades consideradas perjudiciales para la seguridad del país»); Brasil, *In re Everardo Diaz*, Tribunal Federal Supremo, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, págs. 255 y 256 («El Estado no tenía ninguna obligación de asumir la difícil tarea, a veces infructuosa, de vigilar constantemente las acciones de extranjeros que ponen en práctica sus teorías. No hace falta esperar a que esos extranjeros lleven a cabo actos manifiestos») (en relación con la expulsión de un anarquista).

⁴¹⁹ «Expatriates impact on Gulf's labor, social situation», *Arab News*, 27 de octubre de 2007.

⁴²⁰ *Ibíd.*

familias a un país del Golfo que han considerado como su hogar de adopción»⁴²¹.

178. Desde cualquier perspectiva que se lo considere, ese motivo de expulsión es contrario al derecho internacional.

179. Desde el punto de vista cultural, infringe la regla de la no discriminación enunciada en diversos instrumentos internacionales, especialmente las citadas en el quinto informe sobre la expulsión de extranjeros⁴²². A este respecto, cabe observar que la Carta Árabe de Derechos Humanos, de la Liga de los Estados Árabes, contiene disposiciones que enuncian expresa o implícitamente esa regla. En particular, el artículo 2 dispone:

Cada Estado parte en la presente Carta se compromete a respetar y garantizar todos los derechos y todas las libertades proclamadas en dicha Carta a todos los individuos que se encuentran en sus territorios y bajo sus jurisdicciones, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra situación; y sin distinción alguna entre hombres y mujeres.

El artículo 3 refuerza en cierta forma esa obligación, al estipular que:

a. No se podrá admitir ninguna restricción o derogación de los derechos humanos fundamentales reconocidos o en vigor en todos los Estados partes en la presente Carta en virtud de las leyes, las convenciones o las costumbres, con el pretexto de que la presente Carta no les reconoce esos derechos o se los reconoce en menor grado.

b. No se admitirá de ninguno de los Estados partes en la presente Carta restricción o derogación alguna de los derechos fundamentales reconocidos en dicha Carta con la excusa de que los ciudadanos de otro Estados se benefician de ellos en menor grado.

180. Desde el punto de vista del derecho relativo a los trabajadores extranjeros, no cabe duda de que dicha política infringiría las disposiciones pertinentes de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en particular su artículo 7. Además, cabe recordar que desde hace largo tiempo se ha considerado que «la abundancia de mano de obra» no se puede alegar como motivo de expulsión. Según Martini, esa cuestión fue estudiada sobre todo al final del siglo XIX, «durante la exclusión de los chinos de los Estados Unidos, de 1888 a 1892»⁴²³. Según los autores de la época, «la ciencia del derecho internacional no admite que la protección del trabajo sea una razón suficiente para decidir la expulsión de toda una categoría de individuos»⁴²⁴. Esa opinión sigue constituyendo la doctrina aceptable en la actualidad.

i) *Entrada ilegal*

181. La violación de las leyes de inmigración del Estado al que se entra se ha reconocido como un motivo válido

para expulsar a un extranjero, tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina⁴²⁵.

182. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, al señalar que los extranjeros ilegales no deberían ser tratados como delincuentes, reconoció en términos generales el derecho de un Estado a exigir que estas personas salieran de su territorio:

Los Estados disponen de atribuciones suficientes para aplicar sus políticas de inmigración y exigir la salida de quienes se hallen ilegalmente en el país. Sin embargo, esas facultades no son ilimitadas y no pueden ejercerse de manera arbitraria. Conforme a su derecho, el Estado puede exigir la salida de personas que permanezcan en su territorio más allá de lo que autoriza el correspondiente permiso⁴²⁶.

183. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha reconocido que la presencia ilegal de un extranjero en el territorio de un Estado es un motivo válido de expulsión:

La Comisión no desea cuestionar ni está poniendo en tela de juicio el derecho de un Estado a entablar acciones judiciales contra los inmigrantes ilegales y deportarlos a su país de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. No obstante, considera que es inaceptable deportar a las personas sin darles la posibilidad de defenderse ante los tribunales nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional⁴²⁷.

184. Como señalan algunos autores, si bien las leyes de algunos Estados disponen que los extranjeros que hayan entrado en su territorio de manera ilegal podrán ser excluidos en lugar de expulsados en determinados casos⁴²⁸, la legislación nacional de otros Estados reconoce la entrada ilegal como motivo válido para expulsar a un extranjero⁴²⁹. La entrada ilegal puede considerarse un motivo

⁴²⁵ «La práctica estatal acepta que la expulsión está justificada: a) cuando se entra infringiendo la ley» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 262). «La entrada de forma ilegal puede dar lugar a la expulsión del extranjero, dado que la entrada no estaba justificada» (Doehring, «Aliens, expulsion and deportation», pág. 108). «Muy frecuentemente puede ordenarse la deportación de un extranjero [...] por incumplimiento de la ley de inmigración» (Plender, *op. cit.*, págs. 467 y 468). «El extranjero podrá ser expulsado o deportado en cualquier momento si se descubre posteriormente que entró en el país de forma ilegal, a menos que el extranjero pueda acogerse a una ley interna de limitación, amnistía o perdón» (Sohn y Buergethal, *op. cit.*, pág. 90). Véase también Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...», b, art. 28, párrs. 1 y 2. El examen que sigue, sobre los motivos de expulsión expuestos en las secciones i) a n) *infra*, se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 326 a 339, 377 a 390, 408 a 417 y 422.

⁴²⁶ Los derechos de los no ciudadanos, informe final del Relator Especial, David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de la resolución 2000/104 de la Comisión de Derechos Humanos y de la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, párr. 29 (E/CN.4/Sub.2/2003/23).

⁴²⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 159/96, *Union Inter africaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme and others v. Angola*, *Eleventh Annual Activity Report 1997-1998*, párr. 20.

⁴²⁸ Véase Estados Unidos, *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelación, cuarto circuito, 20 de mayo de 1993, 993 F.2d 1537 («El Sr. Joseph llegó al país como polizón y por lo tanto entra dentro de la calificación de 'excluíble' con arreglo a lo dispuesto en la Ley de inmigración y nacionalidad» (párr. 10)).

⁴²⁹ «En la mayoría de las disposiciones que regulan la inmigración, el derecho de expulsión o deportación es una sanción en las disposiciones relativas a la exclusión, y numerosas exclusiones se basan en la acusación de estar presente en el territorio infringiendo la legislación de éste o las disposiciones relativas a la admisión de extranjeros» (Borchard, *op. cit.*, págs. 51 y 52). «En los ordenamientos jurídicos

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párrs. 148 y ss.

⁴²³ Martini, *op. cit.*, pág. 62.

⁴²⁴ Darut, *op. cit.*, pág. 50. Este autor dice también que «[l]a protección del trabajo no es, por sí sola, motivo suficiente de no admisión ni, por lo tanto, de expulsión (*ibid.*, pág. 51).

para expulsar a alguien que se encuentra en un país o es residente en éste sin haber recibido autorización previa, o que por alguna otra razón no sea susceptible de admisión⁴³⁰. La entrada ilegal de forma no intencionada de un extranjero, o la admisión accidental de alguien que entra ilegalmente en un Estado, puede o no dar lugar, con arreglo a la ley, a que el Estado dé legitimidad a la entrada⁴³¹. Los polizones, estén definidos⁴³² o no⁴³³ como una categoría especial de extranjeros en la legislación pertinente, podrán ser objeto de expulsión bien por su condición⁴³⁴ o bien por los mismos motivos que los demás extranjeros.

185. Entre los motivos específicos de expulsión relacionados con la entrada ilegal se encuentran las situaciones en las que un extranjero entra o intenta entrar cuando las fronteras se han cerrado temporalmente para los extranjeros⁴³⁵ o para un grupo específico de extranjeros⁴³⁶, o a través de un lugar o en un momento en que no está autorizada la entrada⁴³⁷; elude, obstruye o intenta eludir u obstruir los controles de inmigración o a las autoridades encargadas de estos controles⁴³⁸, incluida una inspección

internos examinados se observa una gran uniformidad en cuanto a la determinación de los motivos de expulsión. En general, cualquier extranjero podrá ser deportado si entra dentro de las siguientes categorías: 1. Entrar infringiendo la legislación de inmigración» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 255).

⁴³⁰ Véase, por ejemplo, China, Disposiciones de 2003, art. 182; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, a), 1), A), H); Nigeria, Ley de 1963, arts. 19 y 46; y Paraguay, Ley de 1996, art. 38.

⁴³¹ En Nigeria, una entrada ilegal permitida por «inadvertencia» de las autoridades competentes puede seguir siendo ilegal y constituir un motivo de expulsión (Ley de 1963, art. 19, 2)). Los Estados Unidos permiten que se retire el visado a un «inmigrante preferente» si se comprueba que no cumple las condiciones para ello (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 206). En el Brasil, una entrada «irregular» puede considerarse «no intencionada» y dar lugar a que el extranjero reciba una notificación de abandonar el territorio en un plazo inferior al que tendría si éste hubiese cometido determinadas infracciones (Decreto de 1981, art. 98).

⁴³² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101, a), 49).

⁴³³ Kenya, Ley de 1967, art. 8; y Nigeria, Ley de 1963, art. 28, 1), y Reglamento de 1963 (L.N. 93), arts. 1, 2) y 8, 2).

⁴³⁴ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 6), D) y 235, a), 2); y Kenya, Ley de 1967, art. 8.

⁴³⁵ Kenya, Ley de 1973, art. 3, 1), a); y Suecia, Ley de 1989, art. 12.4.

⁴³⁶ Australia, Ley de 1958, arts. 177, 189, 190, 198, 230, 249, 1), a) y 251; y Nigeria, Ley de 1963, art. 25.

⁴³⁷ Argentina, Ley de 2004, arts. 29 y 37; Australia, Ley de 1958, arts. 189 y 190; Chile, Decreto de 1975, arts. 3 y 69; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 6), A), 271, b) y 275, a), 1), b); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 74; Japón, Orden de 1951, art. 2; Nigeria, Ley de 1963, art. 16; Paraguay, Ley de 1996, art. 79, 3); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); y Túnez, Ley de 1968, art. 4.

⁴³⁸ Argentina, Ley de 2004, arts. 29 y 37; Australia, Ley de 1958, arts. 190, 230, 231 y 233; Brasil, Ley de 1980, art. 124, I); Chile, Decreto de 1975, art. 69; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 275, a), 2); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 74; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 13, 2), a), y Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 2); Japón, Orden de 1951, art. 24, 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 46; Paraguay, Ley de 1996, arts. 79, 3) y 81, 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99. En función de dichas leyes podrá determinarse que las personas son polizones (Australia, Ley de 1958, arts. 230, 231 y 233). A fin de identificar y excluir a dichos polizones, los Estados podrán exigir a los barcos que atraquen que presenten los manifiestos de carga a las autoridades pertinentes (Australia, Ley de 1958, art. 231; y Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93) art. 8, 2)) o permitir el registro del barco por las autoridades competentes (República de Corea, Ley de 1992, arts. 69 a 71).

de entrada⁴³⁹ o el pago de una tasa obligatoria⁴⁴⁰; carece de los documentos necesarios⁴⁴¹ o presenta documentos que están dañados o son inutilizables⁴⁴²; presenta documentos falsos o equívocos o cualquier otro tipo de información de esas características⁴⁴³; no obtiene, por cualquier razón, tras cruzar la frontera, los documentos de entrada necesarios, no corrige una infracción o no regulariza su condición de extranjero⁴⁴⁴; infringe las condiciones de su presencia transitoria en el territorio del Estado⁴⁴⁵; o es considerado

⁴³⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 275, a), 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 16; Reino Unido, Ley de 1971, art. 8, 1), c); y República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 3).

⁴⁴⁰ Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 21, 1), 1).

⁴⁴¹ En este sentido el extranjero puede no estar en posesión de parte o la totalidad de la documentación necesaria, incluidos pasaportes o visados, no presentarla o no cumplir los requisitos para disponer de ella, o bien no facilitar parte o la totalidad de la información requerida (Australia, Ley de 1958, arts. 177, 190, 229 y 233A; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 2, y Ley de 1993, art. 20, 4); Brasil, Ley de 1980, arts. 124, VI) y 127; Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 7) y 65, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 7) y 275, a); Francia, Código, art. L511-1, 1); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 10, y Ley n.º 40 de 1998, art. 5; Japón, Orden de 1951, art. 24, 1) y 2); Kenya, Ley de 1967, art. 4, 2) y 7; Nigeria, Ley de 1963, arts. 18 y 46, 3), b); Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 58 y 60; Paraguay, Ley de 1996, art. 79, 1); Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 21, 1); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); Túnez, Ley de 1968, art. 5. La entrada del extranjero también puede ser ilegal por disponer éste de un visado o cualquier otro documento necesario que haya sido cancelado o sea susceptible de serlo antes de su entrada, aun cuando ésta se produzca durante una estancia que, por lo demás, sea legal (Australia, Ley de 1958, arts. 229, 232 y 252; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 47, 1), d), 3); Chile, Decreto de 1975, art. 65; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 13, 4); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); y Suecia, Ley de 1989, arts. 2.9 y 2.10), o en el supuesto de que el visado del extranjero tenga una duración insuficiente para cubrir la totalidad de la estancia prevista de éste (República Checa, Ley de 1999, art. 9, 2) y 3)).

⁴⁴² Dichos documentos pueden ser ilegibles, estar dañados o incompletos por cualquier otro motivo, o tratarse de documentos a los que el Estado no haya añadido las autorizaciones o marcas necesarias (Bulgaria, Ley de 1998, art. 3; República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1) a 3)).

⁴⁴³ Argentina, Ley de 2004, arts. 29, a) y 35; Australia, Ley de 1958, arts. 233, A, 234 y 236; Belarús, Ley de 1993, art. 20 (4); Brasil, Ley de 1980, arts. 64, 124 (XIII) y 127; Bulgaria, Ley de 1998, art. 3; Canadá, Ley de 2001, art. 40, 1), a) y b); Chile, Decreto de 1975, arts. 63, 3), 65, 1) y 2) y 68; China, Ley de 1986, arts. 29 y 30; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 6), C) y 275, a), 3); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ (2002), arts. 7, 4), 9, 4) y 18, 9), 4), y Ley de 1996, art. 26, 5); Guatemala, Reglamento de 1999, art. 97 y Decreto Ley de 1986, art. 73; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), arts. 4, 8 y 10; Japón, Orden de 1951, arts. 22-4, 1) a 4) y 24, 3); Kenya, Ley de 1967, art. 7; Nigeria, Ley de 1963, art. 46, 3), a); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 61; Paraguay, Ley de 1996, arts. 38, 79, 1), 81, 2), 108, 1) y 110, 11); Polonia, Ley n.º 1775 (2003), art. 21, 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 13, 4); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); República de Corea, Ley de 1992, arts. 46, 1 y 2) y 89 1 y 2); Reino Unido, Ley de 1971, arts. 24, 1), a) y 33, 1) (modificada por la Ley de asilo e inmigración de 1996); y Suecia, Ley de 1989, arts. 2.9, 2.10 y 7.18. Sobre esta base, el extranjero puede ser considerado como polizón (Japón, Orden de 1951, art. 74).

⁴⁴⁴ Australia, Ley de 1958, arts. 181, 2) y 3), 182 y 198; Ecuador, Ley de 2004, cap. 7 (disposiciones transitorias); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 206; Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 26, 1); e Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 13, 2), b).

⁴⁴⁵ Belarús, Ley de 1998, art. 26; Brasil, Ley de 1980, arts. 56, 1), 124, IX) y 127; Chile, Decreto de 1975, art. 85; China, Ley de 1986, arts. 29 y 30; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 237, a) y 252; Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10 y Código Administrativo, cap. 18, art. 18.8; Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 11, b); Japón, Orden de 1951, arts. 16, 6) y 7), 24, 4) a 6) y 6A); Nigeria, Ley de 1963, arts. 11 y 27; Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 61; República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 1); y Suecia, Ley de 1989, art. 9.3. Sobre esta base podrá determinarse que un extranjero es polizón o está en condición similar (Nigeria, Ley de 1963, art. 28).

persona indeseable⁴⁴⁶ o inadecuada por cualquier otro motivo para entrar en el territorio del Estado por su estilo de vida o sus presuntas características personales⁴⁴⁷, o por haber infringido en el pasado las condiciones de entrada o permanencia en dicho Estado⁴⁴⁸.

186. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por la ruta de llegada del extranjero⁴⁴⁹; consideraciones internacionales, como la existencia de un acuerdo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado al que éste entró⁴⁵⁰, cualquier acuerdo o convenio internacional pertinente⁴⁵¹ o la solicitud o el requerimiento de un órgano internacional⁴⁵²; consideraciones intertemporales, como el momento de entrada del extranjero en relación con la entrada en vigor de la legislación pertinente⁴⁵³, o la ley en vigor en el momento de la entrada del extranjero⁴⁵⁴; o el tiempo transcurrido desde la entrada del extranjero en el territorio del Estado⁴⁵⁵.

187. La legislación nacional pertinente puede permitir de manera expresa la aplicación de sanciones penales, además de la expulsión en caso de que existan motivos vinculados a la entrada ilegal⁴⁵⁶. Asimismo, puede especificar que la expulsión tendrá lugar una vez cumplida

⁴⁴⁶ Australia, Ley de 1958, art. 5, 16; Belarús, Ley de 1993, art. 20, 6); Brasil, Ley de 1980, art. 61; Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10; Kenia, Ley de 1967, art. 3, 1), f); Paraguay, Ley de 1996, art. 79, 5); Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 21, 1), 2); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1); y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13, 1). Nigeria permite que los ministros competentes denieguen la entrada a cualquier extranjero o categoría de extranjero en los casos en que esos ministros consideren oportuna dicha denegación en interés del bien público (Ley de 1963, art. 18, 2)).

⁴⁴⁷ En relación con este punto, el extranjero podría practicar la poligamia (Francia, Código, art. L521-2, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 10), A)), o considerarse por cualquiera otra razón que no cumple los requisitos para establecerse en el país u obtener la ciudadanía (Argentina, Ley de 2004, art. 29, j); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a.) 8)).

⁴⁴⁸ Por ejemplo, el extranjero podría haber incumplido en una estancia anterior los requisitos establecidos para salir del país por el Estado expulsor (Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 26, 5) y 6)) o, de manera más general, las leyes u obligaciones establecidas para los extranjeros (Belarús, Ley de 1993, art. 20, 3); y República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1)).

⁴⁴⁹ Nigeria, Ley de 1963, arts. 16 y 25.

⁴⁵⁰ Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 4; y República Checa, Ley de 1999, art. 9. Este puede ser el caso, por ejemplo, del Acuerdo de Schengen (Francia, Código, art. L621-2; y Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 13, 4), 25, 1), 120 y 126, 3)), o bien en el caso del Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, arts. 10, 1) y 18, 4)), de la UE (Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 5, 12), y Ley n.º 40 de 1998, art. 5, 7)) o el de la OIM (Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 126A, 1)).

⁴⁵¹ España, Ley de 2000, art. 26, 1); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 5, 11), y Ley n.º 40 de 1998, art. 5, 6); República Checa, Ley de 1999, art. 9, 1) a 3); y Suecia, Ley de 1989, art. 4.2, 5).

⁴⁵² Reino Unido, Ley de 1971, art. 8B, 5) (modificado por la Ley de inmigración y asilo de 1999).

⁴⁵³ Australia, Ley de 1958, art. 251, 6), c); Ecuador, Ley de 2004, cap. 7 (disposiciones transitorias); Francia, Código, art. L541-4; e Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 15).

⁴⁵⁴ Australia, Ley de 1958, art. 14, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, a), 1), A); y Kenia, Ley de 1967, art. 3, 1), i).

⁴⁵⁵ Suecia, Ley de 1989, art. 4.2.

⁴⁵⁶ Chile, Decreto de 1975, arts. 68 y 69; China, Ley de 1986, art. 29; Paraguay, Ley de 1996, art. 108, 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 2); y Reino Unido, Ley de 1971, art. 24, 1), a).

la condena impuesta⁴⁵⁷. Los Estados podrán aplicar a los familiares a cargo del extranjero los motivos de expulsión que se apliquen a éste en relación con la entrada ilegal⁴⁵⁸.

188. En algunos países, la práctica establecida, puesta de manifiesto en las decisiones de los tribunales nacionales, confirma también la validez de la expulsión por motivos de entrada o presencia ilegales⁴⁵⁹. No obstante, en los casos en que una persona ha mantenido su residencia en un Estado por un período largo, algunos tribunales han considerado que la mera presencia ilegal no es suficiente para justificar una decisión de expulsión⁴⁶⁰.

j) Incumplimiento de las condiciones de admisión

189. Un extranjero podrá ser admitido legalmente en el territorio de un Estado de conformidad con su legislación en materia de inmigración, con sujeción a determinadas condiciones relativas a la admisión o la permanencia del extranjero en el Estado. Si el extranjero no respeta esas condiciones, su situación podrá pasar a ser ilegal: en la práctica de los Estados, el incumplimiento de las condiciones de admisión o permanencia es un motivo válido de expulsión⁴⁶¹.

190. La legislación nacional de varios Estados dispone la expulsión de los extranjeros que hayan infringido las condiciones de admisión, como las relativas a la duración de la estancia, la finalidad de ésta y las actividades permisibles durante la estancia en el territorio de ese Estado⁴⁶². El incumplimiento de las condiciones de

⁴⁵⁷ Chile, Decreto de 1975, art. 69; y Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 74.

⁴⁵⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 42, a) y b).

⁴⁵⁹ Véase, por ejemplo, Estados Unidos, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Tribunal de Apelación, segundo circuito, 264 *Federal Reporter, Second Series*, 926, 3 de marzo de 1959, o Sudáfrica, *Khan v. Principal Immigration Officer*, Tribunal Supremo, Sala de Apelaciones, 10 de diciembre de 1951, ILR, vol. 18 (1951), págs. 303.

⁴⁶⁰ Véase, por ejemplo, Costa Rica, *In re Rojas et al.*, Corte Suprema, 26 de julio de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, pág. 389; República Federal de Alemania, *Homeless Alien (Germany) Case*, Tribunal Supremo Federal Administrativo, 30 de septiembre de 1958, ILR, vol. 26, pág. 503; Argentina, caso *Lino Sosa*, Corte Suprema de Justicia, 23 de marzo de 1956, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 234, pág. 203 (véase también ILR, 1956, pág. 395), y caso *Leiva*, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia, 20 de diciembre de 1957, *La Ley*, vol. 89 (enero-marzo de 1958), pág. 204 (véase también ILR, vol. 24, 1957, págs. 490 y 491).

⁴⁶¹ «La facultad de expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades del extranjero tras haber sido admitido en un Estado infrinjan determinadas normas básicas. Entre estos comportamientos o actividades cabe mencionar: 1. La residencia o permanencia en el territorio en infracción de las condiciones de entrada» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, págs. 90 y 91). «La práctica de los Estados acepta que la expulsión está justificada: [...] b) por incumplimiento de las condiciones de admisión» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 262).

⁴⁶² «Los ordenamientos jurídicos nacionales examinados recogen una uniformidad quizás poco notable a la hora de determinar los motivos de expulsión. En general, el extranjero podrá ser susceptible de deportación si está comprendido en uno o varios de los supuestos siguientes: [...] 2. Incumplimiento de las condiciones de entrada; por ejemplo, trabajar sin permiso de trabajo» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 255). El examen de las legislaciones y la jurisprudencia nacionales sobre esta cuestión se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 335 a 338.

admisión como motivo de expulsión puede referirse de manera general a la residencia o presencia ilegal⁴⁶³, la falta de motivos que justifiquen la estancia del extranjero⁴⁶⁴, la condición de indeseable del extranjero⁴⁶⁵, la infracción de cualquier aspecto de la legislación pertinente⁴⁶⁶ o el incumplimiento de alguna de las condiciones de estancia o residencia⁴⁶⁷. Entre los motivos específicos de expulsión cabe citar: el incumplimiento por parte del extranjero de la obligación de salir del país tras el vencimiento del permiso o del período de estancia autorizado⁴⁶⁸, el carácter defectuoso del permiso⁴⁶⁹, la revocación del permiso o su denegación cuando no afecta a la condición de ciudadano protegido⁴⁷⁰, el hecho de que el extranjero no solicite o cumpla los requisitos para obtener el permiso necesario o no disponga de él⁴⁷¹,

⁴⁶³ China, Ley de 1986, arts. 27, 29 y 30, Reglamento de 1986, art. 42; Croacia, Ley de 2003, art. 56; Kenya, Ley de 1967, art. 4, 2); Lituania, Ley de 2004, art. 126, 1) y 2); y Portugal, Decreto ley de 1998, art. 99, 1), a).

⁴⁶⁴ Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 1) 2); Bulgaria, Ley de 1998, art. 61, 1), 4); y España, Ley de 2000, art. 28, 3), c).

⁴⁶⁵ Australia, Ley de 1958, arts. 5 y 16; y Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10.

⁴⁶⁶ Argentina, Ley de 2004, arts. 29, k) y 62, a); Belarús, Ley de 1993, arts. 24 y 25, 3) y 4); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), a) y 47, 1), a); Canadá, Ley de 2001, art. 41, a); Chile, Decreto de 1975, arts. 64, 5) y 6) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, a), 1), B); España, Ley de 2000, art. 53, e); Federación de Rusia, Ley n.º 115-SZ de 2002, arts. 7, 7) y 9, 7), 19, 9) y 7) y Ley de 1996, art. 26, 4); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 1), b); Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 11, a); Kenya, Ley de 1967, art. 3, l), j); Nigeria, Ley de 1963, art. 46, 1), b); Noruega, Ley de 1988, art. 29, a); Paraguay, Ley de 1996, arts. 34, 6) y 37; República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 1), 5); y Suiza, Ley federal de 1931, art. 13, 1). Paraguay también permite la expulsión por motivos establecidos en una ley especial (Ley de 1996, art. 81, 6)).

⁴⁶⁷ Argentina, Ley de 2004, art. 62, d); Brasil, Ley de 1980, arts. 124 (XVI) y 127; Bulgaria, Ley de 1998, art. 61, 1), 4); Chile, Decreto de 1975, art. 64, 8), 66; República de Corea, Ley de 1992, arts. 46, 1), 7) y 8), 68, 1), 3) y 89, 1), 3); y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13, 1).

⁴⁶⁸ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 57, 1), a); Brasil, Ley de 1980, arts. 124, II) y 127; Chile, Decreto de 1975, art. 71; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212, a), 9), B) y C); España, Ley de 2000, arts. 53, a) y 57, 1); Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10, y Código administrativo, cap. 18, art. 18.8; Finlandia, Ley de 2004, art. 143, 3); Francia, Código, arts. L511-1) 2) y L621-1); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 76; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 13, 2), e); Japón, Orden de 1951, art. 24, 2), 3, 4), b), 7); Madagascar, Decreto de 1994, art. 18 y Ley de 1962, art. 12; Nigeria, Ley de 1963, art. 19, 1) y 4); Paraguay, Ley de 1996, art. 81, 3); y Suecia, Ley de 1989, art. 4.3.

⁴⁶⁹ Ello puede incluir la eliminación de las circunstancias o motivos que justificaron la decisión previa de conceder el permiso (Argentina, Ley de 2004, art. 62, c); Australia, Ley de 1958, arts. 198, 1A) y 198B; Belarús, Ley de 1993, art. 24; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), e) y 47, 1), e); Federación de Rusia, Ley n.º 115-SZ de 2002, art. 2; Italia, Ley de 2005, art. 2; República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 1), 4); y Suecia, Ley de 1989, art. 8.16), o el descubrimiento de motivos que, de haberse conocido previamente, hubieran impedido la concesión del permiso (Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 1), 1)).

⁴⁷⁰ Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 2 y Ley de 1998, art. 28; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 47, l), h) y 57, 1), b); Brasil, Ley de 1980, arts. 124, X) y 127; China, Disposiciones de 1992, art. I, iii); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, a), 1), B); Federación de Rusia, Ley n.º 115-SZ de 2002, arts. 2 y 31, 1) y 2); Finlandia Ley de 2004, art. 168, 1); Francia, Código, art. L511-3) y 6); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 5, 10) y 11), 8 y 13, 2), c), y Ley n.º 40 de 1998, arts. 5, 5) y 6) y 11, 2), b); Japón, Orden de 1951, art. 24, 2), 2); Paraguay, Ley de 1996, art. 81, 4); República de Corea, Ley de 1992, art. 68, 1), 3); Suecia, Ley de 1989, art. 4.3; y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 12, 3).

⁴⁷¹ Chile, Decreto de 1975, arts. 31 y 72; Croacia, Ley de 2003, art. 52; España, Ley de 2000, arts. 53, a) y g) y 57, 1); Estados Unidos,

la existencia de obstáculos para que el extranjero se establezca en el Estado⁴⁷², el hecho de que el matrimonio del extranjero no sea suficiente para determinar el derecho a permanecer⁴⁷³, o la presentación de documentos e información falsos o equívocos con cualquier fin dirigido a la permanencia al margen del matrimonio⁴⁷⁴.

191. También puede haber motivos relacionados con el incumplimiento de las condiciones de admisión cuando el extranjero no se ajuste a los requisitos o expectativas de integración o asimilación⁴⁷⁵, exista una restricción relativa a la residencia o al lugar de la estancia⁴⁷⁶ o una obligación o previsión establecida para todos los extranjeros o para ese extranjero en particular o en su calidad de miembro de un grupo⁴⁷⁷, como la de inscribirse o notificar a las autoridades cuando así se requiera, como en el caso de pérdida de los documentos pertinentes o cuando el extranjero cambie de residencia, domicilio o nacionalidad⁴⁷⁸, la de presentar pruebas de identificación o de la autorización de su presencia en el territorio del Estado cuando se le

Ley de inmigración y nacionalidad arts. 206 y 246; Federación de Rusia, Ley de 1996, arts. 25.10 y 27, 4), y Código administrativo, cap. 18, art. 18.8; Finlandia, Ley de 2004, arts. 149, 1), 1) y 168, 2); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 13, 2), b) y 14, 5 *ter*) a 5 *quinques*), y Ley n.º 40 de 1998, arts. 5, 7) y 11, 2), b); Nigeria, Ley de 1963, art. 10, 5); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 58; y Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 88, 1), 1). Un Estado podrá, no obstante, imponer sanciones sin incluir expresamente la expulsión por dichas infracciones (España, Ley de 2000, arts. 53 y 57; Federación de Rusia, Código administrativo, cap. 18, art. 18.8; y Paraguay, Ley de 1996, art. 112, 1)).

⁴⁷² Argentina, Ley de 2004, art. 29, j).

⁴⁷³ Puede tratarse de la invalidez, el carácter fraudulento o cualquier otro defecto del matrimonio sobre la base del cual se hubiera concedido el permiso (Belarús, Ley de 1998, art. 15; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 216, b), 237, a), 1), G) y 275, c); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 12) y 9, 12); y Hungría, Ley de 2001, art. 32, 2), h)); o el hecho de que, en general, el matrimonio no afecta a la condición del extranjero (Madagascar, Decreto de 1994, art. 18).

⁴⁷⁴ Argentina, Ley de 2004, arts. 29, a) y 62, a); Belarús, Ley de 1998, arts. 14 y 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 1), f) y 47, 1, f); Brasil, Ley de 1980, arts. 64, a), 124 (XIII) y 127; Chile, Decreto de 1975, arts. 64, 2) y 66; China, Ley de 1986, arts. 29 y 30, y Reglamento de 1986, art. 47; España, Ley de 2000, arts. 53, c) y 57, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, a), 50), f, 6), 212, a), 6), C), 237, a), 3), 246, a) y b) y 266, c); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 4), 9, 4) y 18, 9), 4); Nigeria, Ley de 1963, art. 46, 3), a) y c); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 61; Paraguay, Ley de 1996, arts. 81, 2), 108, 1), 110 y 111; Reino Unido, Ley de 1971, art. 24A, 1), a); Suecia, Ley de 1989, arts. 2.9 y 2.10; y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 9, 2), a) y 4), a).

⁴⁷⁵ Austria, Ley de 2005, art. 3.54, 3) y 4); Japón, Orden de 1951, art. 2-4, 5); y Suiza, Reglamento de 1949, art. 16, 2), y Ley Federal de 1931, art. 10, 1), b).

⁴⁷⁶ Paraguay, Ley de 1996, art. 34, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 1), 8); y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13e. No obstante, podrán imponerse sanciones por dichas infracciones que no incluyan expresamente la expulsión (Francia, Código, art. L624-4; y Hungría, Ley de 2001, art. 46, 1), d)).

⁴⁷⁷ Brasil, Decreto de 1981, art. 104 y Ley de 1980, arts. 64, d) y 70; Chile, Decreto de 1975, arts. 63, 4), 64, 5) y 6), 65, 2) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 6), G) y 237, a), 1), C); Federación de Rusia, Código administrativo, cap. 18, art. 18.8; Honduras, Ley de 2003, art. 89, 2); Nigeria, Ley de 1963, arts. 11, 3), 19, 4), 24, 2) y 27, 3); y Paraguay, Ley de 1996, art. 34, 1) y 2).

⁴⁷⁸ Brasil, Ley de 1980, arts. 124, III) y IV) y 127; Chile, Decreto de 1975, art. 72; España, Ley de 2000, arts. 53 y 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 237, a), 3), A) y B) y 266, c); Federación de Rusia, Ley de 1996, art. 25.10, Código administrativo, cap. 18, art. 18.8; y República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 1), 7) y 10).

requiera⁴⁷⁹, la de abstenerse de viajar a zonas prohibidas⁴⁸⁰, la de no recibir ni obtener permiso de residencia fuera del Estado⁴⁸¹, o la de no salir del Estado durante un período superior al determinado⁴⁸² o sin autorización⁴⁸³.

192. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por lo dispuesto en un arreglo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado en que éste se encuentre⁴⁸⁴, o en cualquier acuerdo o instrumento internacional pertinente⁴⁸⁵. La legislación correspondiente puede permitir expresamente la aplicación de sanciones penales, además de la expulsión cuando existan motivos que lo justifiquen⁴⁸⁶. Asimismo, puede especificarse que la expulsión se producirá tras el cumplimiento de la condena impuesta⁴⁸⁷.

193. Los tribunales nacionales de varios Estados han sostenido que el incumplimiento de las condiciones de admisión es un motivo válido para expulsar a los extranjeros⁴⁸⁸.

⁴⁷⁹ China, Reglamento de 1986, art. 43; y Nigeria, Ley de 1963, art. 46, 3), b).

⁴⁸⁰ China, Ley de 1986, arts. 29 y 30, y Reglamento de 1986, art. 46; y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13e.

⁴⁸¹ Belarús, Ley de 1998, art. 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 48, b); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 10) y 9, 10); y Suecia, Ley de 1989, art. 2.12.

⁴⁸² Argentina, Ley de 2004, art. 62, c); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 48, a); Chile, Decreto de 1975, art. 43; y Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 11) y 9, 11); y Paraguay, Ley de 1996, art. 34, 5).

⁴⁸³ Brasil, Ley de 1980, arts. 124, XIII) y 127; y República de Corea, Ley de 1992, art. 46, 1), 9). Compárese con España, Ley de 2000, arts. 53, g) y 57, 1), en que se tipifican las salidas sin autorización como infracciones graves que pueden ser castigadas con una pena de multa pero que no constituyen motivo de expulsión.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, puede tratarse de un acuerdo establecido en el marco de la UE (Finlandia, Ley de 2004, art. 168, 1) y 2); Francia, Código, art. L621-2; e Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 5, 12), y Decreto Ley de 1996, art. 7, 3)) o del Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, art. 10, 1)).

⁴⁸⁵ China, Ley de 1986, art. 29; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 5, 11); y Portugal, Ley de 1998, art. 99, 1) y 2).

⁴⁸⁶ Chile, Decreto de 1975, arts. 63, 3) y 65, 2) y 3); China, Reglamento de 1986, art. 47; Francia, Código, arts. L621-1 y L621-2; Italia, Ley de 2005, arts. 10, 4) y 13, 1), Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 14, 5 ter) a 5 quinquies), y Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 61 y 108, 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 99, 2).

⁴⁸⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 47, 4).

⁴⁸⁸ Véase, por ejemplo, Estados Unidos, *INS v. Stevic*, 467 *United States Supreme Court Reports* 407 (1984), 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 de junio de 1984 (apelación contra un procedimiento de deportación iniciado cuando el demandado superó la estancia de seis semanas que se le autorizó cuando fue admitido); *Hitai v. INS*, Tribunal de Apelación, segundo circuito, 343 *Federal Reporter, Second Series* 466, 29 de marzo de 1965 (el apelante violó las condiciones del permiso de entrada en territorio de los Estados Unidos al aceptar un empleo); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelación, segundo circuito, 6 de junio de 1941, *ibíd.*, 120, 762 (los apelantes fueron expulsados por violar las condiciones de admisión al dejar de ejercer una profesión para la que fueron admitidos); Sudáfrica, *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953 (véase la nota 250 *supra*) (extranjero expulsado por dedicarse a un trabajo en los tres primeros años de residencia en Sudáfrica que no estaba autorizado en la solicitud de admisión); Australia, *Simsek v. Macphee*, Tribunal Superior, 10 de marzo de 1982, [1982] *High Court of Australia* 7 (el apelante fue expulsado por superar el período del permiso de entrada temporal de tres meses). Además, hay una serie de causas en las que miembros de tripulaciones de buques han violado las condiciones de admisión al Estado territorial permaneciendo en éste tras la partida del

194. El incumplimiento de las condiciones de admisión también se ha considerado un motivo válido de expulsión en relación, entre otros, con los trabajadores migrantes, como se examina más abajo.

k) *Motivos económicos*

195. Se puede considerar que la situación económica es un factor pertinente para determinar la expulsión de un extranjero por razones de orden público, pero no es un motivo propiamente dicho conforme al derecho internacional. No obstante, su validez ha sido impugnada en relación con los ciudadanos de la UE. Sin embargo, muchas legislaciones consideran que los factores económicos son un motivo útil y autónomo de expulsión⁴⁸⁹.

196. El Protocolo del Convenio europeo de establecimiento reconoce que las razones económicas pueden ser una de las posibles consideraciones para la expulsión de extranjeros por motivos de orden público. El Protocolo contiene una definición de «orden público» que incluye los casos de extranjeros que sean incapaces de costear su estancia en el país o pretendan trabajar ilegalmente⁴⁹⁰.

197. En el marco de la UE, en cambio, la Directiva 2004/38/CE prohíbe la expulsión de ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública para alcanzar fines económicos. En el párrafo 3 del artículo 14, la Directiva dispone además lo siguiente:

El recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.

198. Por lo que se refiere a ese último punto, en el párrafo 16 del preámbulo de la misma Directiva se dispone lo siguiente:

Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a

buque. Véase también, por ejemplo, Canadá, *Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de Columbia Británica, 11 de agosto de 1964, ILR, vol. 42, pág. 219; Estados Unidos, *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director INS*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Supp. 633, confirmada *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), denegada *certiorari*, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), en ILR, vol. 26 (1958-II), pág. 509; *Sovich v. Esperdy*, Tribunal de Apelación, segundo circuito, 15 de mayo de 1963, 319 *Federal Reporter, Second Series* 21; Argentina, caso *Lino Sosa* (nota 460 *supra*).

⁴⁸⁹ «Los ordenamientos jurídicos internos examinados muestran una coherencia, quizás poco notable, en su elección de motivos para la expulsión. Generalmente, un extranjero podrá ser objeto de deportación si pertenece a una o más de las siguientes categorías: [...] 3. Convertirse en una ‘carga pública’, lo que incluye haber contraído una enfermedad y ‘vivir de la seguridad social’» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 255). Véase también Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales...», art. 45. «Por norma general, sólo se recurre a la expulsión cuando la persona ha cometido un delito o se ha convertido en una carga para las finanzas públicas» (Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951. Articles 2-11, 13-37*, art. 33, párr. 2).

⁴⁹⁰ «El concepto de ‘orden público’ se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales. Una Parte Contratante puede, por ejemplo, excluir a un nacional de otra Parte por razones políticas, o si existen motivos para creer que es incapaz de costear su estancia o pretende emplearse en una ocupación remunerada sin los permisos necesarios» (secc. III, apdo. a, arts. 1, 2 y 3).

la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión. Conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública.

199. Las legislaciones nacionales de varios Estados incluyen las razones económicas como motivo para la expulsión de los extranjeros⁴⁹¹. Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados por motivos económicos si se dan esos motivos para expulsar al extranjero⁴⁹². En particular, un Estado puede denegar la entrada o expulsar a un extranjero que tenga deudas⁴⁹³, sea un «gitano»⁴⁹⁴, un vagabundo o una persona que carezca de medios de subsistencia o no pueda demostrar que los posee⁴⁹⁵, una persona sin hogar en un momento dado o por un período prolongado⁴⁹⁶, o que sea incapaz de mantener a sus familiares a cargo o no esté dispuesto a ello⁴⁹⁷; necesite asistencia social o corra el riesgo de necesitarla⁴⁹⁸; carezca de profesión, ocupación o conocimientos especializados⁴⁹⁹; esté ocioso⁵⁰⁰ o no desempeñe el trabajo o la actividad para la que se había concedido el permiso de entrada⁵⁰¹; no pueda ejercer la profesión que haya escogido o pierda o abandone un trabajo⁵⁰²; sea minusválido o discapacitado y por ello no pueda trabajar⁵⁰³; o actúe contra el orden

⁴⁹¹ El examen de las legislaciones y la jurisprudencia nacional sobre este asunto se ha tomado del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 412 a 414.

⁴⁹² Nigeria, Ley de 1963, art. 47.

⁴⁹³ Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 4), a).

⁴⁹⁴ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, b).

⁴⁹⁵ Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 4); Brasil, Ley de 1980, art. 64, c); Canadá, Ley de 2001, art. 39; China, Reglamento de 1986, art. 7, 5); España, Ley de 2000, art. 25, 1); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 7, 8) y 9, 8), y Ley de 1996, art. 27, 6); Finlandia, Ley de 2004, art. 11, 1), 3); Hungría, Ley de 2001, art. 4, 1), d); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 4 y 8; Japón, Orden de 1951, art. 5, 3); Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), a); Lituania, Ley de 2004, art. 7, 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), a), y Reglamento de 1963 (L.N. 93), arts. 5, 4) y 6, 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, b); Paraguay, Ley de 1996, arts. 6, 7) y 79; Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, arts. 15, 1), 21, 1), 3) y 88, 1), 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 14, 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 11, 1), 5) y 1), 8); y Suecia, Ley de 1989, art. 4.2, 1).

⁴⁹⁶ Alemania, Ley de 2004, art. 55, 2), 5); y Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ, arts. 7, 9) y 9, 9).

⁴⁹⁷ Canadá, Ley de 2001, art. 39; Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ, arts. 7, 8) y 9, 8); y Kenya, Ley de 1967, art. 3, 1), a).

⁴⁹⁸ Esa carga pública o necesidad de asistencia social puede referirse al extranjero o a sus familiares a cargo (Canadá, Ley de 2001, arts. 38, 1), c) y 2) y 39; Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 4), 17, 64, 4), 65, 1) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212, a), 4), 237, a), 5) y 250; Japón, Orden de 1951, art. 5, 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 18, 1), a); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, e); República de Corea, Ley de 1992, art. 11, 1), 5) y 1), 8); y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 10, 1), d) y 2) y 3)).

⁴⁹⁹ Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 7).

⁵⁰⁰ Suiza, Reglamento de 1949, art. 16, 2).

⁵⁰¹ Kenya, Ley de 1967, art. 6, 1), a). Compárese con Argentina, Ley de 2004, art. 65, que prohíbe la expulsión por no cumplir con una obligación de un contrato de trabajo salvo que fuese una condición previa para la concesión del permiso.

⁵⁰² Chile, Decreto de 1975, arts. 15, 4), 17, 64, 4) y 7), 65, 1) y 66; y Kenya, Ley de 1967, art. 6, 1), b).

⁵⁰³ Brasil, Decreto de 1981, art. 52, III) y IV); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 37, e); y Paraguay, Ley de 1996, art. 6, 3). Puede hacerse

económico del Estado⁵⁰⁴ o su economía⁵⁰⁵, industria⁵⁰⁶, comercio⁵⁰⁷, trabajadores⁵⁰⁸ o medios de vida nacionales⁵⁰⁹, o suponga una amenaza para ellos.

200. La legislación nacional puede prohibir la expulsión de un extranjero por uno de esos motivos cuando el extranjero haya permanecido en el territorio del Estado un determinado período de tiempo⁵¹⁰. La expulsión de un extranjero por ese motivo puede depender de que el extranjero sea nacional de un Estado que tenga un acuerdo especial con el Estado que desea proceder a la expulsión⁵¹¹. Dependiendo de la legislación nacional pertinente, esos motivos pueden aplicarse también⁵¹² o no⁵¹³ a los extranjeros residentes con carácter transitorio.

201. La jurisprudencia nacional ha reconocido también que las razones económicas pueden ser un motivo válido para la expulsión⁵¹⁴.

1) Medida preventiva o disuasoria

202. La expulsión de extranjeros se ha utilizado para impedir determinadas conductas o disuadir de ellas. La expulsión de extranjeros por esos motivos parecía haber disminuido ya a principios del siglo XX⁵¹⁵. Como se mencionó más arriba, en el asunto *Bonsignore*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que sólo se pueden alegar motivos de orden público para la expulsión si se refieren al comportamiento personal del individuo a que se apliquen y que los motivos de «prevención general» no son admisibles⁵¹⁶. No obstante, se ha señalado que

una excepción cuando esa discapacidad o minusvalía sólo reduce parcialmente la capacidad de trabajar del extranjero (Paraguay, Ley de 1996, art. 7, 2)).

⁵⁰⁴ República de Corea, Ley de 1992, art. 11, 1), 4) y 1), 8).

⁵⁰⁵ Brasil, Decreto de 1981, arts. 101 y 104, y Ley de 1980, arts. 64, 67 y 70; Honduras, Ley de 2003, art. 89, 3); y Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 38.

⁵⁰⁶ Japón, Orden de 1951, art. 7, 2).

⁵⁰⁷ Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 36.

⁵⁰⁸ Brasil, Ley de 1980, arts. 2 y 64; y Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 36 y 37, e).

⁵⁰⁹ Brasil, Ley de 1980, arts. 2 y 64.

⁵¹⁰ Austria, Ley de 2005, art. 3.53, 2), 5) y 6); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237, a), 5); y Suecia, Ley de 1989, arts. 2.11 y 4.2.

⁵¹¹ Suecia, Ley de 1989, art. 2.14.

⁵¹² Lituania, Ley de 2004, art. 7, 3); Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93), arts. 5, 4) y 6, 4); Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 15, 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 14, 1).

⁵¹³ Japón, Orden de 1951, art. 24, 4), a).

⁵¹⁴ Véase, por ejemplo, Bélgica, caso *Pieters*, Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1953, ILR, 1953, pág. 339 («En ese caso, en la orden se indica que la presencia del demandante se considera perjudicial para la economía del país. Del expediente se deduce que se ordenó la expulsión porque el demandante no había pagado los impuestos correspondientes»).

⁵¹⁵ «Cabe señalar las siguientes características en la evolución reciente del ejercicio de la potestad de expulsión: [...] actualmente es infrecuente su utilización como medida preventiva» (Borchard, *op. cit.*, pág. 55).

⁵¹⁶ «[A] las cuestiones planteadas procede responder que los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221 se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de 'prevención general'», *Recopilación de Jurisprudencia 1975*, párr. 7.

el derecho internacional no prohíbe ese motivo de expulsión si no existe una obligación contraída en virtud de un tratado⁵¹⁷.

m) *Represalias*

203. La expulsión de los extranjeros se ha utilizado en algunas ocasiones como medio de represalia, en particular cuando se trataba de expulsiones en masa, variedad que se examina separadamente. El Estado que expulsa puede indicar otros motivos para las expulsiones de extranjeros que parezcan, no obstante, una represalia⁵¹⁸.

204. La doctrina ha cuestionado la legalidad de la expulsión de los extranjeros como medida de represalia⁵¹⁹. De modo análogo, según el Instituto de Derecho Internacional la represalia o la retorsión no constituyen un motivo válido para expulsar a un extranjero que haya sido autorizado expresamente a residir en un país:

Las siguientes normas no se aplicarán en los casos de represalia o retorsión. No obstante, los extranjeros que residan en el país con la autorización expresa del gobierno no podrán ser expulsados como represalia o retorsión⁵²⁰.

⁵¹⁷ «En general, los Estados pueden utilizar la expulsión como medida disuasoria, es decir, expulsar a una persona como advertencia para otras. Sin embargo, esas medidas pueden ser declaradas ilícitas por tratados (por ejemplo, el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)» (Doehring, *loc. cit.*, pág. 111).

⁵¹⁸ «En el siglo XIX se dijo a veces que las expulsiones colectivas estaban justificadas como represalia. El distinguido jurista belga Rolin Jacquelmyns afirmó que la expulsión colectiva de extranjeros en tiempo de paz sólo está permitida como represalia («Droit d'expulsion des étrangers», *Revue de droit international* (1888), pág. 498). Indonesia justificó la expulsión de nacionales neerlandeses en 1957 porque Holanda no había negociado sobre el Irián Occidental. Obsérvese que Dahm considera con razón que esa justificación no tiene ningún fundamento en el derecho internacional (*Völkerrecht*, vol. 1, pág. 529), y parece que su opinión es acertada» (Sharma y Wooldridge, «Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians», págs. 411 y 412, nota 85). «Cuando en diciembre de 1934 Yugoslavia expulsó a un gran número de súbditos húngaros como represalia por la presunta complicidad de las autoridades de Hungría en las actividades de terroristas, se explicó que, habida cuenta del elevado desempleo en Yugoslavia, las personas en cuestión vivían en ese país sólo con permisos periódicamente renovables: Toynbee, *Survey*, 1934, págs. 573 a 577» (Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 944, nota 16). «El General Amin no afirmó que las expulsiones fuesen una represalia por la negativa del Reino Unido a conceder un mayor número de vales especiales a sus ciudadanos y nacionales ugandeses. [...] Pero sí indicó, sin embargo, que le había inspirado Dios y que su intención era dar una lección al Reino Unido cuando anunció por primera vez las expulsiones», Sharma y Wooldridge, *loc. cit.*, pág. 411 y nota 83).

⁵¹⁹ «De su función se deduce que no hay que 'abusar' de la potestad de expulsar. Si se quiere que cumpla su objetivo y propósito, la potestad se ha de ejercer de buena fe y no por algún motivo oculto, como [...] una represalia contraria a derecho» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, págs. 307 y 308 y nota 1 (en la que se indica que «[h]ay dificultades para determinar cuándo una represalia está justificada. Brownlie observa que, en principio, debe ser una reacción contra una violación anterior de una obligación jurídica y ha de ser proporcionada: *Principles of Public International Law* (2.ª ed., 1973), pág. 524»). «Las represalias que puedan ser contrarias al *ius cogens* internacional difícilmente serán admisibles» (Sharma y Wooldridge, *loc. cit.*, pág. 411 y nota 84 (que se refiere a la opinión disidente del magistrado Tanaka en los casos *Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1966*, párr. 298, donde se afirma que «los derechos humanos, por derivarse del derecho natural, son parte del *ius cogens*»)).

⁵²⁰ «Règles internationales...», art. 4.

n) *Otros motivos*

205. Puede haber otros motivos para la expulsión de extranjeros que no estén tan ampliamente reconocidos o no sean tan pertinentes en la práctica contemporánea; por ejemplo, elevar una reclamación diplomática injusta⁵²¹.

206. Muchos de los antiguos motivos de expulsión, que constituían una representación de los valores morales de una época, son actualmente obsoletos. Por ejemplo, si bien la prostitución sigue siendo actualmente un delito en cierto número de países, no se observa en ninguna parte una práctica de expulsión por ese motivo; la voluntad de proteger a las víctimas de la trata de personas o de la prostitución forzosa podría justificar a lo sumo la expulsión por motivo de proxenetismo. Otro ejemplo es que ningún Estado justificaría actualmente una expulsión por causa de enfermedad, cualquiera sea su naturaleza o gravedad. Por el contrario, muchas asociaciones de defensa de los derechos humanos exigen que la enfermedad sea una causa para impedir la expulsión, sobre todo si el enfermo no podrá recibir cuidados apropiados en su país o en el país al que sea expulsado⁵²². Por otro lado, es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió, el 27 de mayo de 2008, un fallo en el que considera que el Reino Unido, al expulsar de su territorio a una ugandesa infectada con el VIH/SIDA, no había cometido una violación de los derechos humanos⁵²³; según el Tribunal, esa expulsión no constituía un «tratamiento humillante o degradante» en el sentido del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos. No obstante, el Tribunal no quiso legitimar de manera alguna el motivo de expulsión por causa de enfermedad, aunque fuera grave; es el comportamiento de riesgo del interesado que representa un peligro para otros lo que constituye motivo de expulsión, y es ese comportamiento que el Tribunal quiso, por así decirlo, «sancionar». Por esa razón el Tribunal considera que los mismos principios que aplicó en ese caso se deben aplicar a la expulsión de toda persona con una enfermedad física o mental «que apareció naturalmente»⁵²⁴. La idea de que una enfermedad no constituye por sí misma un motivo de expulsión ha sido corroborada por el derecho nacional de ciertos países. Por ejemplo, según el informe de 2003 del Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE), «[f]ue en 1997 que se consagró, por primera vez en la ley, la prohibición de expulsar a extranjeros 'con una patología grave' (Debré). Con la Ley de 1998 (Chevènement), el sistema legislativo amplió las condiciones de protección contra la expulsión (art. 25.8) y añadió el derecho a la residencia, formalizado por la entrega de pleno derecho de un permiso de residencia temporal, 'vida privada, y familiar'»⁵²⁵.

207. Es muy probable que los casos examinados no abarquen todos los motivos de expulsión contenidos en las diferentes legislaciones nacionales. Pero cabe preguntarse

⁵²¹ «En ciertos países de América Latina, la presentación de una reclamación diplomática injustificada, si no es objeto de una solución amigable, puede ser motivo de expulsión» (Borchard, *op. cit.*, pág. 52, nota 3 (Constitución de Nicaragua, art. 12)).

⁵²² Véase Agnès Lenoire, «La CEDH et les expulsions des étrangers malades», <http://doutagogo.over-blog.com/article-20349777.html>.

⁵²³ *N. c. Royaume-Uni*, demanda n.º 26565, *Recueil des arrêts et décisions 2008*.

⁵²⁴ *Ibid.*, párr. 45.

⁵²⁵ ODSE, *Rapport d'observation juin 2003*, París, 2003, pág. 3.

si no sería ilusorio tratar de establecer una lista exhaustiva a este respecto. Darut indicaba a principios del siglo XX, en relación con una propuesta tendiente a indicar en un texto legislativo los casos en que se ejercería el derecho de expulsión, que la Cámara de Representantes de Bélgica había rechazado esa propuesta en 1865, justificando su decisión de la siguiente manera:

Con frecuencia, la importancia de los hechos depende de lo que sucede en el entorno en que se producen, y por esa razón las circunstancias varían; cuando se modifica la situación exterior, los actos que pueden ser peligrosos hoy pueden no serlo mañana. Sólo el gobierno puede evaluar en cada momento lo que exige el interés público⁵²⁶.

Ya en 1878, Pradier-Fodéré decía a este respecto que «la determinación de los motivos corresponde al Estado, y a su gobierno, que son los únicos facultados para ejercer la soberanía dentro de los límites del territorio». A ese autor se suman Lainé y Haenel. En el mismo período, el Abogado General Desjardin, en un texto publicado en 1893, se preguntaba «[c]ómo determinar con precisión todas las circunstancias en que se han comprometido el orden y la tranquilidad públicos», y su respuesta se ajustaba casi literalmente al argumento invocado por la Cámara de Representantes de Bélgica⁵²⁷. En el mismo sentido, Martini dice que «parece prácticamente imposible enumerar de manera precisa los casos en que se deberá aplicar la expulsión»⁵²⁸. Al igual que Darut, Piédelièvre dice que «depende de las circunstancias. Conviene dejar en manos de las autoridades competentes la determinación de las necesidades que la puedan justificar»⁵²⁹.

208. Por consiguiente, la doctrina unánime de fines del siglo XIX sobre la cuestión de la expulsión de los extranjeros, y también la práctica contemporánea de los tribunales internacionales en esta materia, admiten que los Estados conservan toda la flexibilidad necesaria en la evaluación de las circunstancias. De todas maneras, el Estado no dispone de un cheque en blanco a ese respecto. Si se trata de un acto que afecta a las relaciones entre Estados y al ordenamiento jurídico internacional, el derecho internacional no puede permanecer indiferente a la forma en que el Estado justifica la expulsión: es el punto de referencia que sirve para determinar la validez internacional del acto de expulsión.

209. El derecho moderno ofrece a este respecto medios de control jurisdiccional de esos actos. En efecto, la expulsión no está comprendida en lo que ciertas legislaciones nacionales denominan «actos de gobierno»⁵³⁰ no susceptibles de control jurisdiccional, ya que afecta a las normas sobre la protección de los derechos humanos. Tampoco está comprendida en lo que el derecho internacional considera el dominio reservado del Estado, fuera del control internacional. Los criterios que se utilizan en la determinación de un motivo de expulsión pueden ser evaluados por un juez a fin de verificar su conformidad con el derecho interno propio del Estado, así como con las normas pertinentes del derecho internacional. A ese

⁵²⁶ *Op. cit.* pág. 64.

⁵²⁷ Todos estos autores son citados por Martini, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

⁵²⁸ *Ibid.*, pág. 86.

⁵²⁹ Piédelièvre, *Précis de droit international*, t. 1, pág. 182.

⁵³⁰ Véase especialmente, en el caso de Francia, Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, nota sobre *Vandelet et Faraut*, Consejo de Estado, 18 de diciembre de 1891, pág. 129.

respecto, se ha visto que el orden público y la seguridad pública figuran en el derecho nacional de los países y están consagrados en el derecho internacional como motivos legítimos de expulsión de extranjeros; el derecho comunitario europeo, y en particular su jurisprudencia, ofrecen aclaraciones y criterios de evaluación que pueden ser de gran utilidad a los fines de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas relativas a la expulsión de extranjeros. El Estado que expulsa a un extranjero puede invocar cualesquiera otros motivos a condición de que no infrinjan las normas del derecho internacional.

210. Habida cuenta de lo que antecede, cabe proponer el siguiente proyecto de artículo, de carácter único, sobre los motivos de expulsión; los aspectos esenciales de los análisis realizados podrán reflejarse en los comentarios, a fin de aclarar el alcance de sus disposiciones:

Proyecto de artículo 9. Motivos de expulsión

1. **Toda decisión de expulsión deberá estar motivada.**
2. **Un Estado podrá, en particular, expulsar a un extranjero por motivos de orden público o de seguridad pública, de conformidad con la ley.**
3. **Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.**
4. **El motivo de expulsión deberá ser evaluado de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza que suponen, a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona de que se trate.**

E. Condiciones de detención de la persona en vías de expulsión

211. Es necesario comenzar con una aclaración semántica. Las legislaciones nacionales no usan siempre una misma expresión para referirse a la situación del extranjero retenido en un lugar determinado a la espera de su expulsión efectiva. Si bien en la mayoría de los países se designa esa situación con la expresión «detención», el vocabulario jurídico francés prefiere hablar en este caso de «*rétenion*» o de «*maintien*». En efecto, la expresión «detención» se reserva en Francia a las situaciones de privación de libertad de origen estrictamente represivo que se cumple en un establecimiento penitenciario por un período largo o muy largo, en tanto que la «*rétenion*» o la «*retenue*» evoca una reclusión relativamente breve que corresponde a la competencia de una autoridad represiva⁵³¹ o de una autoridad pararepresiva⁵³² o administrativa⁵³³. En el caso de los extranjeros «*retenus*» o «*maintenus*» en la frontera, no se trata de una sanción por la comisión de una infracción penal, sino de una medida de seguridad en el marco de un procedimiento administrativo de admisión

⁵³¹ Por ejemplo, la «*retenue*» del menor de 10 a 13 años de edad autorizada por el artículo 4 de la Ordenanza de 2 de febrero de 1945.

⁵³² Por ejemplo, la «*retenue douanière*».

⁵³³ Por ejemplo, la retención de un extranjero en situación irregular autorizada por el artículo 5.555-I del Código de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo.

en el territorio o de deportación del territorio, con la consecuencia, en particular, de que la «*réention*» no tiene lugar en locales penitenciarios sino en instalaciones que dependen de los servicios policiales⁵³⁴.

212. Sin embargo, como se ha señalado,

el pudor semántico expresado con la palabra «*réention*» o «*retenue*» disimula mal que, en todos esos casos, la persona es objeto de una 'privación de libertad' en sentido estricto que atenta directamente contra el derecho a la seguridad, garantizado en el artículo 5 [del Convenio europeo de derechos humanos]⁵³⁵.

Por esta razón, en adelante se utilizará la palabra «detención» de manera genérica, que incluirá asimismo la palabra «*réention*», porque tanto una como la otra designan una situación de privación de libertad.

213. Las condiciones de detención de los extranjeros en vías de expulsión es uno de los aspectos más criticados de la práctica de los Estados en materia de expulsión. En esta etapa se cometen generalmente los atentados más graves contra los derechos del extranjero en vías de expulsión. Se ilustrarán estas malas condiciones con algunos ejemplos extraídos de la práctica observada en algunos Estados antes de examinar las disposiciones de algunas legislaciones nacionales así como las normas internacionales en la materia.

1. EJEMPLOS DE CONDICIONES DE DETENCIÓN QUE MENOS CABAN LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN VÍAS DE EXPULSIÓN

214. El Relator Especial desea subrayar que los casos que aquí se presentan tienen un carácter meramente ilustrativo. Se han escogido ejemplos únicamente por la disponibilidad de la información y no por preferencias personales. Esta presentación no aspira, por lo tanto, a estigmatizar a los países citados ni pretende naturalmente ser exhaustiva.

215. En Alemania, la idea de internar a las personas que se va a expulsar en lugares determinados parece haberse abierto lentamente camino en el ánimo de los gobernantes prusianos y alemanes. Los primeros casos de retención con miras a la expulsión eran medidas *de facto*, «reuniéndose a los expulsados en lugares precarios» porque su expulsión estaba bloqueada por la negativa de readmisión en sus países de origen. Así ocurrió con ocasión de las expulsiones masivas de los años 1885 a 1890, cuando las autoridades se negaron a admitir en su territorio a polacos y judíos, súbditos rusos⁵³⁶. En una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores prusiano se propuso «situar a los elementos en campos de internamiento, porque así sería posible superar la crisis de alojamiento y desalentar toda nueva inmigración no autorizada»⁵³⁷. La llegada al poder de Adolfo Hitler y la instauración de la dictadura nazi entrañarán, como se sabe, un cambio de escala y de objetivo de esas ideas de internamiento. No es necesario

detenerse ahora en la práctica de la retención en ese régimen, cuyas consecuencias son muy conocidas. Después del decreto policial de control de los extranjeros de 1938, que siguió siendo el principal texto jurídico en la materia hasta la Ley de 1965, la ubicación en centros de retención se ha regido por las Leyes de extranjería de 9 de julio de 1990 y 30 de junio de 1993, pero no se ha podido tener acceso a información con respecto a las condiciones en ese tipo de centros.

216. España se ha convertido en los últimos años en el destino preferido por numerosos inmigrantes, algunos de los cuales son legales y la mayoría son clandestinos. Se contaban en enero de 2007 unos diez centros de internamiento de extranjeros «oficiales», situados en las provincias de Barcelona (Zona Franca), Las Palmas (Matorral en Fuerteventura, Barranco Seco en Gran Canaria y Lanzarote), Tenerife (Hoya Fría), Málaga (Capuchinos), Madrid (Carabanchel), Valencia (Zapadores), Murcia (Sangonera la Verde) y Algeciras (La Piñera), y dos centros de estancia temporal de inmigrantes en Mellilla y Ceuta, además de centros informales de retención de dudosa legalidad como los del Estrecho, en especial el de Isla Paloma, en Tarifa, donde están internados los ciudadanos subsaharianos; el de Las Heras, en Algeciras, un antiguo cuartel del ejército; el de Almería, un galpón industrial, antiguo lugar en que se cocinaban crustáceos ubicado en el puerto pesquero, donde 113 inmigrantes se amotinaron en noviembre de 2006 ante las condiciones de su detención; o los de las Islas Canarias. Aquí se reproducen las principales denuncias articuladas contra la mayoría de esos centros por una asociación española de defensa de los derechos humanos⁵³⁸ que denuncia la violación de los derechos fundamentales en esos centros:

Valencia: Centro de Zapadores [antiguo cuartel]

Numerosas ONG han denunciado la violación del Reglamento de Extranjería, las condiciones higiénicas y de salubridad, la falta de un médico y de trabajadores sociales dentro de la estructura y también, con frecuencia, el alto grado de ocupación. En agosto de 2006, 50 inmigrantes se amotinaron en el Centro.

Murcia: Centro de Sangonera la Verde

Hacinamiento endémico debido a que solamente tiene 60 plazas. Este es el mayor problema del Centro, que crea de hecho otros problemas muy graves para la salud y la seguridad de los detenidos: el Centro ha tenido una historia bastante difícil estos últimos años y ha sufrido motines de detenidos, suicidio de una extranjera que esperaba su expulsión hacia Rusia, evasión de dos internados en marzo de 2005. [...]

Barcelona: Centro de Zona Franca

El Centro de Internamiento de Zona Franca sustituyó al «tristemente célebre de «La Verneda» en la comisaría del mismo nombre: un sótano sin luz natural, escasa ventilación, sin patio..., denunciado por todas las ONG e incluso por el Defensor del Pueblo y en el que se denunciaron frecuentes malos tratos. [...] Este centro ha acentuado características penitenciarias: cierre electromagnético de espacios comunes y celdas, visitas de familiares a través de mamparas, vigilancia por cámaras, celdas con barrotes.

Málaga: Centro de Capuchinos [antiguo cuartel]

Se trata sin duda de uno de los centros que ha recibido mayor cantidad de denuncias y que cuenta con la historia más siniestra.

⁵³⁸ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), *Centros de retención e internamiento en España*, octubre de 2008.

⁵³⁴ Véase Julien-Laferrrière, «La rétention des étrangers aux frontières françaises».

⁵³⁵ Koering-Joulin, «Droit á la sûreté», pág. 11.

⁵³⁶ Véase Weber, «Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne».

⁵³⁷ *Ibíd.*

El Centro de Capuchinos entró en funcionamiento en 1990, con una capacidad de 80 personas, y en 1992 el Fiscal General del Estado ya había denunciado las malas condiciones de sus instalaciones.

Ya en 1994, 46 internos protagonizaban la primera de las huelgas de hambre, para denunciar las condiciones del Centro. En 1995, una brasileña internada realizaba la primera de las numerosas denuncias por abusos sexuales. Ese mismo año, desde el «Hotel Capuchinos», como gustan en llamarlo algunos funcionarios, partieron 103 inmigrantes sedados previamente con haloperidol, y transportados en cinco aviones militares hacia Malí, Senegal, Camerún y Guinea Conakry. Aznar, que había transgredido así todo tipo de normas internacionales, afirmó: «Teníamos un problema y lo hemos resuelto».

El escándalo de los abusos cometidos contra internas obligó a los medios de comunicación a destapar una larga lista de irregularidades acumuladas durante toda su historia y denunciadas por diversas organizaciones sociales en multitud de ocasiones: comidas en mal estado, hacinamiento, falta de asistencia sanitaria, medicación suministrada por los policías ante la ausencia de personal sanitario, falta de intérpretes, gravísimos problemas de higiene y estado ruinoso de las instalaciones.

Desde su apertura se han producido dos supuestos suicidios, cinco incendios (tres de ellos documentados) y, pese a su corta existencia, ha tenido que cerrar en dos ocasiones para la realización de reformas de acondicionamiento, sin que las denuncias por las malas condiciones disminuyeran.

Algeciras: Centro de La Piñera

La APDHA ha constatado los mismos problemas en la mayoría de los centros: deficiencias en las instalaciones, en la dotación para las condiciones de las personas, hacinamiento por temporadas, irregularidades jurídicas, deficiencia en el servicio de asistencia jurídica y de interpretación, sistema de visitas muy restrictivo, dificultades de comunicación con el exterior... En todo caso, como antiguo centro penitenciario, reviste todas las características de una cárcel.

Centro de Isla Paloma, en Tarifa

Es un Centro de «acogida» de inmigrantes irregulares situado en la antigua base militar de Tarifa, con instalaciones anticuadas y ruinosas y en pésimas condiciones de habitabilidad [se repintaron las instalaciones para la visita de la Relatora de las Naciones Unidas en 2003]. Este Centro depende de la Guardia Civil y la identificación/gestión de la expulsión es competencia de la Policía Nacional.

El uso de este espacio fue una medida provisional tomada en 2002 por el gobierno de Aznar ante la importante llegada de inmigrantes a las costas de Cádiz, pero de provisional ha pasado a convertirse en la práctica en una prolongación del CIE de Algeciras.

A juicio de la Confederación Española de la Policía, «el Ministerio del Interior está engañando a la opinión pública, a la Cruz Roja, a la ciudadanía y a los funcionarios al tratar de disimular la situación de este centro de internamiento clandestino».

[...]

Fuerteventura: Centro de Matorral

Es posiblemente el CIE más grande de España. Sustituyó al antiguo centro situado en las instalaciones del aeropuerto, que se hallaba en el origen de una fuerte denuncia de [Human Rights Watch] entre otros en el año 2002 a propósito de las terribles condiciones de los detenidos⁵³⁹.

Según la visita efectuada por parlamentarios europeos, el Centro parece una auténtica cárcel, la situación es ruinoso y los inmigrantes se quejaban de falta de alimentos.

[...]

⁵³⁹ Véase Human Rights Watch, «La otra cara de las Islas Canarias. Violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo», www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html.

Las Palmas: Centro de Barranco Seco

Se denunció a la Relatora Especial [de las Naciones Unidas] el hecho de que algunos migrantes solamente tenían tres minutos por semana para hablar con el abogado y que no conocían el estado de sus expedientes.

[...]

Tenerife: Acuartelamiento de Las Raíces

El acuartelamiento de Las Raíces se habilitó de forma provisional en marzo de 2006 a base de tiendas de campaña, pudiendo albergar hasta 1.300 personas, pero fue una cantidad de personas superada prácticamente a lo largo de todo el año. Situado cerca del aeropuerto de Las Raíces, se trataba de un lugar extremadamente frío y desagradable y con escasas condiciones de habitabilidad.

En septiembre de 2006, unos 150 inmigrantes lograron evadirse de Las Raíces, que luego fueron detenidos en las localidades vecinas, algunos de ellos escondidos en contenedores de basura.

[...]

Gran Canaria: Campamento militar de La Isleta

Según denunció el Sindicato Unificado de la Policía, en agosto [de 2006], las ratas campaban a sus anchas en las instalaciones y la basura está por doquier. Las instalaciones «están llenas de [excrementos], moscas e insectos de todo tipo, puesto que el agua con que los internos se duchan y lavan sus escasas ropas se queda empozada y se forman ríos de barro, pues ninguna zona del campamento está asfaltada, lo que supone que el polvo sea constante en las tiendas del ejército». Los inmigrantes se ven obligados a orinar dentro de botellas de agua, [...] [hay] restos de envoltorios de cartón que los inmigrantes tienen que atravesar para poder asearse. Se trata de una situación inhumana para todas las personas hacinadas en esta instalación.

217. En los Estados Unidos, la patrulla de fronteras y el Servicio de Inmigración y Naturalización, encargados de detener a los inmigrantes indocumentados, cuentan con diferentes centros de tramitación y detención de esos inmigrantes. Hay 34 puntos de paso de la frontera entre los Estados Unidos y México, cada uno de ellos con su propio centro de tramitación de inmigrantes indocumentados. De los 17 centros de detención que tiene el país, 7 se encuentran en la frontera con México, y 1 es un campamento militar en una base de guardacostas de Boston⁵⁴⁰. Según un autor,

se cuenta que muchos repatriados son detenidos más de cinco veces por día e incluso con mayor frecuencia. [...] Además, si se tiene en cuenta que la mayoría de estos inmigrantes es sumamente pobre, parece completamente inverosímil que puedan contar con asistencia jurídica, a tal punto que muchas víctimas de abusos de la patrulla de fronteras o del Servicio de Inmigración y Naturalización son defendidas por organizaciones filantrópicas o políticas⁵⁴¹.

218. En Francia, antes del 1.º de enero de 2009 había 27 centros de retención y estaba previsto que a partir de esa fecha hubiera 30 de esos centros en funcionamiento⁵⁴². Las condiciones de detención deplorables de esos centros para extranjeros en vías de expulsión fueron objeto de un

⁵⁴⁰ Los otros centros se reparten de la manera siguiente: Arizona: 1; California: 2; Texas: 4; Colorado: 1; Florida: 1; Luisiana: 1; Massachusetts: 1; Nueva York: 2; Puerto Rico: 1; Washington, D.C.: 1. Fuente: Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización, *INS Fact Book*; y Schmidt, «Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis (partie 2)».

⁵⁴¹ Schmidt, *loc. cit.*

⁵⁴² Véase *TFI News*, «Le juge met un coup d'arrêt à la réforme Horte-feux», 30 de octubre de 2008; disponible en <http://lci.tf1.fr/france/societe/2008-10/le-juge-met-un-coup-d-arret-a-la-reforme-horte-feux-4889850.html>.

proyecto de resolución de 17 diputados de la Asamblea Nacional francesa en 2008, tendiente a la creación de una comisión de investigación con el fin de evaluar y analizar el marco jurídico vigente en los centros de retención de hombres, mujeres y niños migrantes⁵⁴³. La exposición de motivos de ese proyecto de resolución se refiere al amotinamiento en diferentes centros de detención, en Mesnil-Amelot, en Vincennes o en Satolas, cerca de Lyon, de la manera siguiente:

[L]os retenidos protestan contra el destino que se les ha reservado y contra la verdadera caza al hombre de la que son objeto. Estos niños, mujeres y hombres viven en un clima de temor inadmisibles. Cada extranjero se transforma en un delincuente en potencia. Esta política de estigmatización de los «extranjeros», con desprecio de toda solidaridad, fomenta la xenofobia y, por tanto, gangrena toda la sociedad francesa⁵⁴⁴.

Más adelante dice:

Las condiciones de vida en el interior de los centros de retención son difíciles. En Mesnil-Amelot, donde hay esencialmente jóvenes, el seguimiento médico es insuficiente y, por ejemplo, un retenido con problemas cardíacos no ha tenido seguimiento desde su llegada; una asistencia judicial insuficiente respecto de las necesidades expresadas e indispensables; una situación moral degradada para muchos de ellos con gran sentimiento de soledad y abandono (las visitas de los parientes sólo duran 15 minutos)⁵⁴⁵.

Según el informe de 2006 del Comité Inter-Mouvements Auprès Des Evacués (CIMADE), que hasta 2007 era la única ONG con mandato del Estado para velar por el ejercicio de los derechos de los extranjeros,

el encierro de miles de mujeres y hombres se hace de manera casi clandestina por la escasa exigencia de información y por la ausencia de miradas exteriores, con poco apoyo jurídico en los textos y en la práctica y en condiciones materiales malas que constituyen a veces un trato inhumano y degradante⁵⁴⁶.

Además, existen «salas de aislamiento» para los retenidos considerados difíciles. El aislamiento se practica en condiciones humillantes: los que sufren aislamiento «están asegurados con esposas a un banco, detrás del local de guardia de los policías, al costado de las salas de registro y de visita»⁵⁴⁷. En general, el encierro afecta tanto a los padres como a los menores y las mujeres embarazadas. Ahora bien, como ha constatado el CIMADE, el «encierro tiene repercusiones sobre los niños que no tienen lugar en un centro de retención administrativa». Por otra parte, como constata esa ONG,

[e]n el local de retención de Choisy-le-Roi las mujeres retenidas están confinadas durante 48 horas en una pequeña habitación de 4,5 m² sin iluminación, con camas superpuestas y sin ninguna intimidad (puerta de vidrio). La habitación es muy sucia. Se ha retenido incluso a mujeres embarazadas de seis meses en este local de higiene más que dudosa⁵⁴⁸.

El CIMADE no vacila en denunciar la «desmedida de la política de expulsión» ni en afirmar que algunos centros se han transformado en verdaderos campamentos, ya que en ellos «se instituye la privación de libertad como modo

de gestión de las personas migrantes»⁵⁴⁹. Los diputados autores del proyecto de resolución declararon a continuación que «[l]a política del Gobierno da lugar a todo tipo de derivas y se transforma en fuente potencial de prácticas inadmisibles e inaceptables»⁵⁵⁰.

219. La situación es tanto más preocupante cuanto que algunos de los extranjeros en vías de expulsión están detenidos en instituciones penitenciarias. Como decía el ex Ministro de Justicia francés Robert Badinter, resumiendo el informe de Louis Mermaz a la Asamblea Nacional,

conviene asimismo tener en cuenta la presencia muy fuerte de extranjeros en las casas de detención, que es con frecuencia la consecuencia de la transformación de la institución penitenciaria en una especie de centro de retención generalizada. [...] La cuestión de los centros de retención y de las condiciones de vida en esos centros, denunciadas en los informes internacionales, en relación con la política penitenciaria, no se puede eludir. La transformación de las políticas administrativas en políticas represivas, con las consecuencias que se desprenden de ello para las casas de detención, ha ido demasiado lejos y conviene estudiar esta cuestión muy de cerca⁵⁵¹.

En su estudio de 2004, la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos destaca que

[l]a retención a la salida de la prisión es con frecuencia muy mala experiencia para los extranjeros, que consideran esta nueva privación de libertad como otra vejación. [...] Esta situación es aún más grave cuando la deportación de un extranjero implica poner a los niños en situación de retención. Las condiciones materiales de detención no permiten hoy día que esto se haga con respeto de las convenciones internacionales de protección de los derechos del niño⁵⁵².

220. En cuanto al Reino Unido, cabe observar que actualmente en este país «los extranjeros a la espera de ser expulsados padecen gran inseguridad jurídica»; algunos de ellos han pasado por varios campamentos y «a veces reúnen en total hasta 17 meses de detención»⁵⁵³. En un centro como el de Dungavel, situado a unos 30 km de Glasgow, se hallan «detenidos en su mayoría hombres adultos, pero asimismo mujeres, a veces familias y también menores aislados». Las condiciones de detención de las personas en vías de expulsión o de solicitantes de asilo han conocido en algunos casos un desenlace dramático. En 2004, por ejemplo, se comprobaron los hechos siguientes:

Un solicitante de asilo ucraniano en el Harmondsworth Removal Centre fue hallado colgado el pasado lunes 19 de julio. Posteriormente hubo un altercado importante en Harmondsworth y se transfirió a los detenidos a otros centros de expulsión y a prisiones comunes. Días más tarde, el viernes 23 de julio, un vietnamita detenido que había sido trasladado de Harmondsworth al Dungavel Removal Centre se colgó; fue enviado al hospital Hairmyres, en East Kilbride, donde falleció posteriormente. Otro detenido de Dungavel afirma que el vietnamita había estado detenido más de un año y que simplemente había perdido la esperanza de ser puesto en libertad⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 13.

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 8.

⁵⁵¹ Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos, *Étude sur les étrangers détenus. Propositions*, aprobado el 18 de noviembre de 2004, pág. 21.

⁵⁵² *Ibíd.*, pág. 25.

⁵⁵³ Elodie Mignard, «Étrangers en Grande Bretagne: prisonniers à durée indéterminée», 19 de octubre de 1994, www.echanges-partenariats.org.

⁵⁵⁴ Véase «Two deaths in UK Immigration Removal Centres», <http://no-racism.net/article/899>. www.no-racism.net.

⁵⁴³ Asamblea Nacional, documento n.º 715, inscrito en la Presidencia de la Asamblea Nacional el 13 de febrero de 2008 y distribuido el 20 de febrero de 2008.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 3.

⁵⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 6.

⁵⁴⁶ Citado en *ibíd.*, pág. 8.

⁵⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 11.

⁵⁴⁸ Informe de CIMADE 2006, citado en *ibíd.*, pág. 12.

A propósito de los solicitantes de asilo detenidos en virtud de la Ley de inmigración de 1971, un estudio publicado en 1996 observaba que

son ubicados en centros de retención para inmigrantes, en cárceles para delincuentes o en celdas de los puestos de policía. La Ley de inmigración de 1971 faculta a la policía y a los servicios de inmigración para detener a las personas sin orden judicial. En las celdas de la policía y en las cárceles de Su Majestad se trata a los detenidos como reclusos en prisión preventiva. Pueden estar encerrados en pequeñas celdas, privados de momentos de descanso o ejercicio 20 de las 24 horas del día. La principal diferencia entre los delincuentes comunes y estos detenidos es que éstos pueden ser retenidos indefinidamente sin un juicio⁵⁵⁵.

221. En Grecia, las causas *Dougoz*⁵⁵⁶ y *Peers*⁵⁵⁷ incoadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos permitieron conocer las condiciones de detención de las personas en vías de expulsión de este país. Después de los fallos emitidos por el Tribunal en estas causas, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 7 de abril de 2005 una resolución provisional sobre las condiciones de detención en la que invitaba a las autoridades competentes griegas «a proseguir e intensificar sus esfuerzos por que las condiciones de detención se ajusten a las exigencias del Convenio [europeo de derechos humanos], enunciadas en particular en los fallos del Tribunal, y a examinar la cuestión de los recursos internos efectivos a este respecto»⁵⁵⁸. En las informaciones comunicadas por el Gobierno de Grecia con ocasión del examen por el Comité de Ministros de las causas citadas anteriormente, se encuentra confirmación, *a contrario sensu*, del estado deplorable de las estructuras de detención de Grecia. El Gobierno señala en especial:

En cuanto a los centros de detención de la policía y la prisión de que se trata en este asunto, el Gobierno observa por una parte que la Comisaría Central de la avenida Alexandras no se utiliza más para la detención de extranjeros a la espera de expulsión y, por otra parte, que el centro de detención de la policía de Drapetsona ha sido rehabilitado para ofrecer las mejores condiciones posibles de higiene y de vida decente a los detenidos. Finalmente, en cuanto a la prisión de Koridallós, el mayor establecimiento penitenciario de Grecia, se hacen en ella trabajos de mantenimiento indispensables con regularidad⁵⁵⁹.

El Gobierno indica, por otra parte, que desde 1998 los procedimientos de regularización de los inmigrantes en situación irregular han aliviado considerablemente «el hacinamiento de los centros de detención porque muchos de ellos han sido puestos en libertad para poder presentar su solicitud, ya que cumplían las condiciones previstas en la ley»⁵⁶⁰. En la causa *Tabesh*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió extensamente a las condiciones de detención con miras a la expulsión del solicitante. Éste sostenía que sus condiciones de detención no se ajustaban al artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos ni a las normas definidas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes⁵⁶¹. Destacaba en especial la falta total de ejercicio físico y de contacto

con el exterior, el hacinamiento de las celdas, los problemas de higiene y la insuficiencia de la alimentación. En particular, afirmaba que la suma de 5,87 euros que se le daba todos los días a los efectos de la alimentación no era suficiente para hacer tres comidas diarias con un valor nutritivo adecuado. Antes de evaluar las condiciones de detención propiamente dichas, el Tribunal reafirmó en primer lugar que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas por cuanto prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes en toda circunstancia. Precisó además que

[l]as medidas privativas de libertad van acompañadas inevitablemente de sufrimiento y humillación. Se trata de un estado de hecho inevitable que, como tal y por sí solo, no implica una violación del artículo 3, pero esta obligación impone sin embargo al Estado la obligación de garantizar que toda persona esté detenida en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que las modalidades de su detención no la sometan a una penuria o adversidad de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a tal medida y que, con respecto a las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y su bienestar se garanticen de manera adecuada⁵⁶².

El Tribunal agrega que

[s]i bien los Estados están autorizados a retener a los posibles inmigrantes en virtud de su derecho innegable a controlar [...] el ingreso y la permanencia de los extranjeros en su territorio (*Amuur c. France*, 25 de junio de 1996, párr. 41, *Recueil 1996-III*), este derecho debe ejercerse de conformidad con las disposiciones convencionales⁵⁶³.

Para apreciar la veracidad de las afirmaciones del solicitante en cuanto a las condiciones de detención en los locales de la Subdirección de la Policía de Extranjería de Tesalónica, donde estuvo del 31 de diciembre de 2006 al 28 de marzo de 2007, el Tribunal observó que corroboraban estas afirmaciones el informe publicado por el Ombudsman de la República en mayo de 2007 y los informes publicados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes como consecuencia de sus visitas en 2007 y 2008 a varios puestos de policía y centros de detención de extranjeros en Grecia. El Tribunal destaca que

[e]l informe relativo a la visita de 2008 se refiere a las condiciones de detención en los locales de la Policía de Extranjería en Tesalónica y subraya que las personas detenidas dormían en colchones sucios en el suelo y que carecían además de espacio para pasear y hacer ejercicio físico. Ese informe confirma finalmente que algunos de los detenidos tenían derecho a 5,87 euros diarios para pedir comida que se les enviaba desde el exterior⁵⁶⁴.

Esto hizo que el Tribunal declarara que

[a]parte de los problemas de promiscuidad y de higiene, como se destaca en los informes citados, el Tribunal estima que el régimen relativo a la posibilidad de recreación y alimentación en los locales de policía en que estuvo detenido el solicitante plantea en sí mismo un problema en relación con el artículo 3 del Convenio. En particular, la imposibilidad misma de pasear o de practicar una actividad al aire libre podría provocar en el solicitante sentimientos de aislamiento del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas sobre su bienestar físico y moral⁵⁶⁵.

El Tribunal observó que

las insuficiencias de las actividades recreativas y de alimentación apropiada del solicitante derivan de que los locales de policía de Tesalónica

⁵⁵⁵ Harrel-Bond y Opondo, «La rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1)».

⁵⁵⁶ *Dougoz c. Grèce*, sentencia de 6 de marzo de 2001, *Recueil des arrêts et décisions 2001-II*.

⁵⁵⁷ *Peers c. Grèce*, sentencia de 19 de abril de 2001, *ibíd.*, 2001-III.

⁵⁵⁸ Resolución ResDH (2005) 21.

⁵⁵⁹ *ibíd.*, Anexo.

⁵⁶⁰ *ibíd.*

⁵⁶¹ *Tabesh c. Grèce*, sentencia de 26 de noviembre de 2009, párr. 33.

⁵⁶² *ibíd.*, párr. 36.

⁵⁶³ *ibíd.*, párr. 37.

⁵⁶⁴ *ibíd.*, párr. 40.

⁵⁶⁵ *ibíd.*, párr. 41.

no son lugares apropiados para la detención que sufrió el solicitante. Por su naturaleza misma, se trata de lugares destinados a recibir a personas por períodos muy cortos. Por consiguiente, no están adaptados a las necesidades de una detención de tres meses como la que se impuso a una persona que además no purgaba una condena penal sino que se hallaba a la espera de la aplicación de una medida administrativa⁵⁶⁶.

El Tribunal concluyó que «el hecho de mantener al solicitante en detención durante tres meses en locales de la Subdivisión de la Policía de Extranjería de Tesalónica es un trato degradante con arreglo al artículo 3 del Convenio»⁵⁶⁷.

222. La situación es tal vez peor en África, donde son pocos los países que cuentan con centros de detención para los extranjeros en vías de expulsión.

223. En Sudáfrica, por ejemplo, donde se asistió a un aumento de la xenofobia en 2005, muchos extranjeros, según algunas asociaciones, «han sido objeto de ataques, de violencia o de humillación antes de terminar en el tren que los repatriará. Abusos de que han sido objeto no sólo los clandestinos, sino además los inmigrantes, refugiados o solicitantes de asilo en regla»⁵⁶⁸. Algunos extranjeros detenidos por la policía son trasladados a Lindela, centro de repatriación donde los extranjeros, clandestinos o en proceso de regularización, son conducidos con miras a la expulsión. El periódico sudafricano *The Sunday Independent* de 9 de abril de 2000 habla de personas detenidas cuando su permiso de residencia no ha caducado, a quienes se han destruido o confiscado sus papeles⁵⁶⁹. Según Sarah Motha, coordinadora de educación de derechos humanos de Amnistía Internacional de Sudáfrica,

los agentes de policía detienen a todos los inmigrantes de manera indiscriminada, sin prestar atención a su condición de solicitante de asilo. Se nos ha informado de varios casos en que los agentes fingían no haber visto el documento que demostraba que había una solicitud de asilo en curso. [...] En varios testimonios se dice que los policías sudafricanos exigen un soborno y favores sexuales a los solicitantes de asilo para no enviarlos a Lindela⁵⁷⁰.

Como destaca la autora de este artículo, siempre citando *The Sunday Independent*, las condiciones de vida en Lindela «son sumamente deplorables». Los que intervienen describen los lechos inmundos, la comida que «ni siquiera es buena para un perro» o incluso la notable ausencia de un médico. El hacinamiento es otro problema: el centro tiene 4.000 plazas, pero acoge un número mayor de extranjeros. Una situación que ha llegado tal vez a su paroxismo con la represión de los inmigrantes clandestinos iniciada a mediados de marzo de 2000: «[C]on las mayores redadas había más de 7.000 personas detenidas en Lindela, y ya se había deportado a millares, aunque los medios de información dicen que muchos huyeron de la detención durante el proceso de expulsión», indica la carta enviada a dos ministros sudafricanos. Algunos «detenidos» se quejaban por otra parte de permanecer más tiempo en el centro de lo que permite la ley. Un hecho que también han comprobado algunas asociaciones. No obstante, «no se detiene a la gente más de un mes en el centro, salvo por orden del Tribunal Superior y en los casos extremos

en que el Ministerio del Interior prorroga el período de detención a un máximo de 90 días», resume *The Sunday Independent* sobre la base de una carta enviada por Lindie Gouws, administradora de Lindela. Lo más trágico sigue siendo sin duda la muerte inexplicada de refugiados en el centro. «Desde enero de 2005 han muerto unas 50 personas», explica Sarah Motha. El Foro de los Exiliados de Zimbabwe «denunció en agosto pasado la muerte de 28 refugiados en Lindela, entre enero y julio, que procedían en su mayor parte de Zimbabwe»⁵⁷¹.

224. En Guinea Ecuatorial, donde la práctica de la expulsión en masa de los extranjeros se ha venido repitiendo estos últimos años, se ha expulsado a numerosos africanos, la gran mayoría de ellos cameruneses, a los que siguen los malienses, sin distinción entre residentes legales y residentes en situación irregular, en condiciones deplorables y con frecuencia perseguidos por la policía, y han sido entregados o deportados en la frontera entre Guinea Ecuatorial y el Camerún en condiciones inhumanas. Estas expulsiones han tenido lugar después de la expiración del ultimátum del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Cooperación y la Francofonía de Guinea Ecuatorial, de 12 de mayo de 2009, que exhortaba a todos los extranjeros en situación irregular a abandonar el país antes del 26 de mayo. Según un sitio de información:

[U]nos 300 cameruneses que vivían en Guinea Ecuatorial regresaron a su país natal. Obligados y forzados. Llegaron en piraguas de fortuna, el jueves pasado, al puerto de Limbé, a 320 km al oeste de Yaundé. Muchos de ellos llegaron semidesnudos, vestidos sólo con un calzón, después de haber perdido su dinero y sus bienes. Este regreso al país se debe a la vasta operación de repatriación de extranjeros cameruneses, pero también nigerianos, ghaneses o congoleños, puesta en marcha el 6 de marzo pasado por las autoridades de Guinea Ecuatorial, que afectó a toda la isla de Bioko⁵⁷².

225. La misma fuente agrega:

Esta versión ha sido corroborada por la AFP (France Press), que ha difundido los testimonios de cameruneses expulsados. Como el de Moïse Bessongo, comerciante instalado desde hacía varios años, interceptado a medianoche cuando regresaba a su hogar. Su domicilio fue saqueado y su pasaporte, su tarjeta de residencia, su tarjeta de identidad camerunesa y sus diplomas fueron destrozados por la policía. Pasó tres días en una celda antes de ser repatriado el miércoles por la noche. Numerosos cameruneses detenidos los días 6 y 7 de marzo pasaron cinco días encerrados en la base militar de Malabo. Además de robos y exacciones, numerosas personas fueron objeto de torturas, como lo demuestran marcas y cicatrices⁵⁷³.

226. Interrogado sobre estos acontecimientos, el Embajador del Camerún en Guinea Ecuatorial se declaró afectado por la situación:

No nos enorgullece ver que se maltrata a los cameruneses. Nuestro papel no consiste en remover el cuchillo en la herida. No niego estas cosas hechas por individuos que no son conocidas ni aceptadas por las autoridades de Guinea Ecuatorial. Los cameruneses que tengan dificultades deben venir a la embajada y al consulado porque nosotros podemos encontrar la forma de ayudarlos. Pese a estos malos tratos, los cameruneses seguirán yendo a Guinea Ecuatorial, pero hay que organizar esa salida para permitirles vivir con dignidad⁵⁷⁴.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 43.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 44.

⁵⁶⁸ «Afrique du Sud: expulsion d'étrangers par dizaines de milliers», 15 de noviembre de 2005, www.afrik.com.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ *Ibíd.*

⁵⁷¹ *Ibíd.*

⁵⁷² «Chasse aux étrangers. La Guinée Equatoriale fait le ménage», 15 de marzo de 2004, www.afrik.com.

⁵⁷³ *Ibíd.*

⁵⁷⁴ «Expulsion de Camerounais en Guinée Equatoriale: une solution négociée en vue», *Cameroon Tribune* (periódico gubernamental), 12 de junio de 2009.

227. En el caso *Diallo*, Guinea se quejó de las condiciones de arresto y detención de su nacional en la República Democrática del Congo antes de su expulsión. Afirmó que el 5 de noviembre de 1995 el Sr. Diallo había sido detenido clandestinamente sin forma alguna de proceso ni de interrogatorio, que había permanecido encerrado durante un período de dos meses y había sido puesto en libertad el 10 de enero de 1996 por intervención del jefe de Estado del Zaire en persona para ser inmediatamente encarcelado por otras dos semanas antes de ser expulsado. Durante su detención, de una duración total de 75 días, el Sr. Diallo había sufrido malos tratos en prisión y se había visto privado del beneficio de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁵⁷⁵. La República Democrática del Congo rechazó, sin oponer argumento, estas afirmaciones, contentándose con decir que «la duración y las condiciones de detención del Sr. Diallo en el marco del procedimiento de expulsión se ajustaron al derecho del Zaire»⁵⁷⁶.

2. CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

228. La expulsión puede ser ilegal según la forma en que se ejecute⁵⁷⁷. En particular, la expulsión de extranjeros debe ejecutarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil* 2007, pág. 591, párr. 17.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, pág. 592, párr. 19.

⁵⁷⁷ «Una orden de deportación que en principio reúne los requisitos para ser lícita puede convertirse en ilegal si se ejecuta de manera injusta o excesivamente onerosa. Al ejecutar la orden no deben utilizarse medidas de compulsión física que causen o puedan causar lesiones o daños a la integridad física» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 96). «Todos los Estados están facultados para expulsar por razones de orden público a extranjeros que residan temporalmente en su territorio. Pero cuando un Estado expulsa a un extranjero sin motivo y de forma injuriosa, el Estado cuya nacionalidad posee el ciudadano está facultado para interponer una denuncia por tal violación del derecho internacional» (Plender, «The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law», pág. 25 (citando a Calvo, *Dictionnaire de droit international*)). La información que figura en esta sección está tomada del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 703 a 709.

⁵⁷⁸ «La expulsión no se debe hacer con dureza ni violencia ni perjuicio injustificado para el extranjero que la debe sufrir» (Oda, *loc. cit.*, pág. 483). «Exista o no un derecho ilimitado a expulsar a los extranjeros, los malos tratos o la expulsión sumaria o agresiva de un extranjero constituyen una infracción de las normas mínimas de derecho internacional que el Estado de origen da por sentado que se respetarán. Si un Estado desea ejercer su poder soberano con infracción de esta norma, no abusa de su poder soberano, sino que simplemente vulnera una regla de interdicción que limita su competencia exclusiva» (Schwarzenberger, «The Fundamental Principles of International Law», págs. 309 y 310; véase asimismo Schwarzenberger, *International Law and Order*, págs. 89 y 90). «Una expulsión ampliamente justificada en principio constituye una infracción del derecho internacional si se realiza sin tener debidamente en cuenta la seguridad y el bienestar del extranjero. Una vez más, esto es válido ya sea que la expulsión equivalga a una violación de derechos humanos o que constituya una violación de la 'norma mínima'. Esto es tan evidente que apenas si requiere explicación» (Pender, *loc. cit.*, pág. 25). «El Estado que ejecuta una orden de expulsión o de deportación debe actuar de conformidad con las normas que consagran los derechos humanos y la dignidad humana. Esas normas inciden de manera directa sobre el poder del Estado de expulsar o de deportar a un extranjero. [...] Existen otras normas y principios relativos a los derechos humanos y la dignidad humana consagrados en instrumentos multilaterales aceptados por la gran mayoría de las naciones. En muchos de esos principios figura el derecho de toda persona a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 95). Véase asimismo Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pág. 36.

La obligación de que los extranjeros no sean sometidos a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes se establece en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁵⁷⁹. Este tipo de acción cometido en el momento de la expulsión de un extranjero ha suscitado numerosas denuncias⁵⁸⁰. Esta limitación del derecho a la expulsión está consagrada en la práctica diplomática⁵⁸¹ y por los tribunales internacionales⁵⁸².

229. El anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone lo siguiente:

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

230. Hay otros ejemplos de prácticas que respaldan la obligación de que las expulsiones deben realizarse de forma humana y con el debido respeto por la dignidad de las personas de que se trate.

⁵⁷⁹ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo, art. 6.

⁵⁸⁰ «La mayoría de los casos se debe al ejercicio excesivamente agresivo de la facultad de expulsión. Es fundamental que la medida se limite a su objetivo directo: deshacerse del extranjero indeseable. Por consiguiente, todo rigor innecesario puede considerarse motivo de reclamación. Incluso cuando se admite que una expulsión está justificada, debe ejecutarse causando el mínimo daño posible a la persona y sus bienes, dentro del respeto por la seguridad y los intereses del país que ejecuta la expulsión» (Borchard, *op. cit.*, págs. 59 y 60). «Aunque el derecho de devolución o expulsión es discrecional, el ejercicio de esa facultad discrecional de forma brutal, arbitraria o que provoque perjuicio innecesario suele dar lugar a controversias» (Iluymade, «The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law», pág. 85). Como se menciona en la nota 577 *supra*, Plender recuerda que «Calvo [*Dictionnaire de droit international*] afirmaba que, cuando un gobierno expulsa a un extranjero sin causa y en forma que lesiona sus intereses, el Estado del que es ciudadano ese extranjero tiene derecho a formular una reclamación basándose en esa violación del derecho internacional» (*op. cit.*, pág. 470) y que «un Estado incurrir en responsabilidad internacional si expulsa a un extranjero [...] de forma que cause un perjuicio innecesario» (*op. cit.*, pág. 459).

⁵⁸¹ «La práctica diplomática demuestra también ampliamente el principio de que la expulsión ejecutada sin tener debidamente en cuenta el bienestar del extranjero es contraria al derecho internacional» (Plender, *loc. cit.*, pág. 25). «Las expulsiones arbitrarias [...] ejecutadas con dureza o violencia que causen un perjuicio innecesario a las personas que las sufren han dado lugar a reclamaciones diplomáticas» (Borchard, *op. cit.*, pág. 57). «Más recientemente se han dado otros casos en los que el procedimiento seguido para la expulsión ha supuesto un trato oneroso frente al cual los Estados Unidos se han visto obligados a protestar enérgicamente» (Hyde, *op. cit.*, pág. 233).

⁵⁸² «El principio de que la expulsión debe ejecutarse de la forma que cause el menor perjuicio posible a la persona afectada ha sido enunciado varias veces por los tribunales internacionales. De esta manera, las expulsiones sumarias con ocasión de las cuales las personas afectadas han sido sometidas a indignidades, a una dureza o a una opresión inútiles han sido consideradas por las comisiones internacionales como justificativas de una indemnización» (Borchard, *op. cit.*, pág. 60 [citando en la nota 5 los casos *Maal (Netherlands) c. Venezuela*, 28 de febrero de 1903 [Naciones Unidas, RSA, vol. X, pág. 730], y *Boffolo (Italy) c. Venezuela* [ibid., pág. 528]; se refiere asimismo a *Jaurett (U.S.) v. Venezuela*, Sen. Doc. 413, 60th Cong. 1st Sess., 20 et seq., 559 et seq. (se rige por el acuerdo de 13 de febrero de 1909, Relaciones exteriores, 1909, 629)]. «Las expulsiones arbitrarias [...] ejecutadas en condiciones onerosas o violentas que causen perjuicio innecesario a la persona afectada han dado lugar a [...] la concesión de indemnizaciones por comisiones de arbitraje» (Borchard, *op. cit.*, pág. 57). «Por consiguiente, en casos relativos a la expulsión de extranjeros, un tribunal internacional normalmente aceptará como concluyentes los motivos de gravedad que el Estado alegue para justificar tal acción. Sin embargo, consideraría como medidas de expulsión ilícitas las que [...] fueran acompañadas de rigores innecesarios» (Cheng, *op. cit.*, pág. 133).

231. La existencia de esa obligación se reafirmó expresamente en el caso *Lacoste*, aunque se declaró que el denunciante no había sido objeto de malos tratos:

Asimismo, *Lacoste* reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. [...] Sin embargo, no parece que la expulsión haya ido acompañada de malos tratos y, a instancia del propio denunciante, se amplió el plazo fijado para su salida del país⁵⁸³.

Del mismo modo, en el caso *Boffolo* el árbitro indicó con carácter general que:

La expulsión [...] debe hacerse de modo que cause el menor perjuicio a la persona afectada⁵⁸⁴.

232. En el caso *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado del ser humano y la obligación de que en las expulsiones no se prive al extranjero de su dignidad ni se le impongan rigores innecesarios:

Si la exclusión del denunciante se hubiera llevado a cabo sin humillaciones o rigores innecesarios, el árbitro se vería obligado a desestimar la reclamación. [...] Según queda acreditado, el denunciante llegó aquí como un caballero y tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su deportación, y, aun con independencia de que fuera un caballero o un mero ciudadano de a pie, el derecho a su integridad personal y al libre disfrute de su sensibilidad es uno de los principales atributos de la libertad y uno de los privilegios impagables que ésta lleva aparejada. El árbitro parte de la premisa del valor sagrado del ser humano, cuya integridad no puede vulnerarse en lo más mínimo, ni siquiera en un arrebato de ira, sin que medie consentimiento o exista una causa justificada; de lo contrario habrá que entender que se ha producido una agresión que debe dar lugar a una indemnización proporcional al espíritu y el carácter de la infracción y la calidad humana de la víctima⁵⁸⁵.

233. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó su profunda preocupación por los incidentes y malos tratos que tienen lugar durante las expulsiones⁵⁸⁶. Asimismo, subrayó el carácter subsidiario de la expulsión forzosa y la necesidad de respetar la seguridad y la dignidad en todas las circunstancias.

7. La Asamblea estima que la expulsión forzosa sólo debe utilizarse como último recurso, que debe reservarse para personas que opongan una resistencia clara y continuada y que puede evitarse si se toman medidas efectivas para ofrecer a los deportados asistencia personal supervisada para preparar su partida.

8. La Asamblea reafirma que los valores fundamentales del Consejo de Europa se verán amenazados si no se toman medidas para combatir el actual clima de hostilidad hacia los refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes y para alentar a que se respete su seguridad y dignidad en toda circunstancia⁵⁸⁷.

234. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes también ha subrayado que el uso de la fuerza al ejecutar una orden de expulsión debe limitarse a lo razonablemente necesario, y ha precisado los medios y métodos de deportación que no deben utilizarse. Asimismo, ha insistido en la necesidad

de establecer sistemas de supervisión interna y externa y de documentar adecuadamente el proceso de deportación.

El Comité reconoce que a menudo será difícil ejecutar la orden de expulsión de un extranjero que está empeñado en permanecer en el territorio de un Estado. Puede que en ocasiones los agentes de las fuerzas de seguridad tengan que utilizar la fuerza para llevar a cabo esa expulsión. Sin embargo, el empleo de la fuerza debería limitarse a lo estrictamente necesario. En particular, sería totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de expulsión fueran agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. Además, el Comité debe subrayar que amordazar a una persona es una medida eminentemente peligrosa⁵⁸⁸.

El mismo Comité ha declarado que:

[E]s totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de deportación sean agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. El Comité se congratula de que existan disposiciones de este tipo en muchas de las instrucciones pertinentes de los países visitados. Por ejemplo, algunas de las instrucciones examinadas por el Comité prohíben la utilización de medios de coacción que tengan por objeto castigar al extranjero que ofrezca resistencia o que causen dolor innecesario. [...]

[E]l uso de la fuerza y los medios de coacción deben limitarse a lo estrictamente necesario. El Comité valora positivamente que, en ciertos países, el uso de la fuerza y los medios de coacción en los procesos de deportación sea objeto de un examen detallado, a la luz de los principios de legalidad, proporcionalidad y oportunidad. [...]

El Comité ha indicado claramente que el uso de la fuerza y/o medios de coacción que puedan provocar asfixia posicional debe evitarse siempre que sea posible y que tal uso, en circunstancias excepcionales, debe estar regulado por directrices encaminadas a reducir al mínimo los riesgos para la salud de la persona de que se trate. [...]

Además de evitar los riesgos de asfixia posicional a los que se ha hecho alusión, el Comité ha recomendado sistemáticamente que se prohíba con carácter absoluto la utilización de medios que puedan obstruir parcial o totalmente las vías respiratorias (nariz o boca). [...] El Comité observa que actualmente esta práctica está prohibida de forma expresa en muchos Estados Parte e invita a los Estados que aún no lo hayan hecho a que adopten sin demora disposiciones vinculantes en la materia.

Es imperativo que la salvación de la persona objeto de una operación de deportación no se vea comprometida si una situación urgente sobreviene durante el vuelo. De ello se desprende que todo medio que limite la libertad de movimiento de la persona deportada deba poder inmediatamente suspenderse por orden de la tripulación. [...]

En opinión del Comité, ninguna consideración de seguridad puede servir para justificar que el personal de escolta lleve máscaras durante las operaciones de deportación. Tal práctica es altamente indeseable, ya que puede dificultar la depuración de responsabilidades en caso de que se aleguen maltratos.

Asimismo, el Comité tiene grandes reservas en lo que respecta al uso de gases incapacitantes o irritantes para reducir a detenidos recalcitantes a fin de desalojarlos de sus celdas y trasladarlos a aeronaves. [...]

[E]s importante que se permita que los inmigrantes detenidos se sometan a un examen médico previo antes de ejecutar la decisión de deportarlos. Esta precaución es especialmente necesaria cuando se contempla la posibilidad de utilizar la fuerza o medios especiales.

Asimismo, todos aquellos que hayan sido objeto de una operación de deportación frustrada deben someterse a un examen médico en cuanto regresen al lugar de detención. [...]

⁵⁸³ *Caso Lacoste c. Mexico* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, en Moore, *op. cit.*, págs. 3347 y 3348.

⁵⁸⁴ *Caso Boffolo*, RSA (nota 74 *supra*), pág. 534 (árbitro Ralston).

⁵⁸⁵ *Caso Maal*, RSA (nota 582 *supra*), pág. 732.

⁵⁸⁶ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, recomendación 1547(2002), *Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité*, 22 de enero de 2002, párr. 6.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 7 y 8.

⁵⁸⁸ Consejo de Europa, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997, «Personas retenidas en virtud de legislación relativa a la entrada y a la estancia de extranjeros», párr. 36. Respecto de ese Comité, véase Larralde, «La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture».

La ejecución de las operaciones de deportación de los inmigrantes detenidos debe ir precedida de medidas que permitan a las personas de que se trate organizar su retorno, especialmente en los planos familiar, profesional y psicológico. [...]

No puede insistirse lo suficiente en la importancia de establecer mecanismos de control interno y externo en un ámbito tan sensible como las operaciones de deportación por vía aérea. [...]

Las operaciones de deportación deben documentarse exhaustivamente. [...]

Asimismo, el Comité desea subrayar la función que deben desempeñar las autoridades de control externo (incluidas las judiciales), tanto nacionales como internacionales, en la prevención de los malos tratos durante las operaciones de deportación. Tales autoridades deben permanecer atentas a todos los acontecimientos que ocurran en este ámbito, sobre todo en lo que respecta al uso de la fuerza y de medios de coacción y la protección de los derechos fundamentales de los deportados por vía aérea⁵⁸⁹.

235. La normativa de la UE sobre la expulsión o devolución de los nacionales de terceros países también exige el respeto de la dignidad humana. La Decisión 2004/191/CE del Consejo de 23 de febrero de 2004 indica en su preámbulo que:

La presente Decisión respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos concretamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La presente Decisión se propone, en particular, garantizar el pleno respeto de la dignidad humana en caso de expulsión y traslado, tal como se refleja en los artículos 1, 18 y 19 de la citada Carta⁵⁹⁰.

236. En su resolución relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros, el Instituto de Derecho Internacional enuncia el principio según el cual

La deportación no es una pena, por lo que debe ejecutarse con la máxima consideración y teniendo en cuenta la situación particular del afectado⁵⁹¹.

3. CONDICIONES DE DETENCIÓN DEL EXTRANJERO EN VÍAS DE EXPULSIÓN

237. Varios ejemplos de la práctica abundan en la opinión de que la detención de quien está a la espera de ser expulsado no es ilícita si se ajusta a determinados requisitos⁵⁹².

⁵⁸⁹ CPT/Inf (2003), Alejamiento de extranjeros por vía aérea, párrs. 31 a 45.

⁵⁹⁰ Párr. 5. Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 60, 27 de febrero de 2004, págs. 55 a 57). Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 1 («Dignidad humana – La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»), art. 18 («Derecho de asilo – Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea») y art. 19 («Protección en caso de devolución, expulsión y extradición – 1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»).

⁵⁹¹ «Règles internationales...», art. 17.

⁵⁹² Véase, por el contrario, Oda., *loc. cit.*, pág. 483 («Se debe evitar la detención obligatoria del extranjero al que se ha de aplicar un decreto de expulsión salvo que se niegue a partir o intente evadir la

238. En el caso *Ben Tillett*, el árbitro reconoció el derecho del Estado que expulsa a detener a un extranjero a fin de garantizar su deportación. Asimismo, el árbitro sostuvo que, dependiendo de las circunstancias del caso y, en particular, del peligro que la persona en cuestión pudiera representar para el orden público, un Estado está facultado para detener a un extranjero incluso antes de que exista una orden de deportación. El árbitro también declaró que el Estado no estaba obligado a disponer de instalaciones especiales de detención para los deportados:

Considerando que, al reconocerse el derecho de un Estado a expulsar, éste no debería verse privado de los medios necesarios para garantizar la eficacia de sus órdenes; [...] que dicho Estado debe estar en condiciones de mantener bajo control a los extranjeros cuya presencia considere peligrosa para el orden público, y que está facultado para ordenar su detención si teme que quienes han sido expulsados de su territorio podrían eludir su vigilancia⁵⁹³;

Considerando que, por regla general, una orden de expulsión no es anterior a los hechos que la justifican, si un Estado no puede utilizar los medios de coacción necesarios para detener durante algunas horas a un extranjero cuya conducta sea problemática hasta que la medida de expulsión se apruebe oficialmente, este podría huir de la policía y el Gobierno se encontraría indefenso⁵⁹⁴;

Considerando, por otra parte, que es jurídicamente imposible obligar a un Estado a construir instalaciones especiales destinadas exclusivamente a la detención preventiva de extranjeros durante el tiempo que media entre su detención y la ejecución de la medida de expulsión, o a reservar a esos extranjeros un lugar especial en las instalaciones que ya existan, al mantener aislado a Ben Tillett y posteriormente evitar su contacto con otros acusados, el Gobierno de Bélgica cumplió con las exigencias de la cortesía internacional⁵⁹⁵.

239. Asimismo, el árbitro declaró que, dadas las circunstancias del caso, Bélgica no había actuado ilícitamente al detener a Ben Tillett durante 26 horas⁵⁹⁶, y que las condiciones de detención fueron aceptables⁵⁹⁷.

240. La Comisión que se pronunció en el caso *Daniel Dillon* se ocupó de la cuestión de las normas mínimas que prescribe el derecho internacional en relación con el trato que debe dispensarse a un extranjero detenido en espera de su deportación. La Comisión declaró que el prolongado período de detención y el hecho de que no se facilitara información al reclamante sobre la finalidad de su detención constituían un maltrato incompatible con el derecho internacional.

En cuanto a la cuestión del maltrato, la Comisión considera que no hay pruebas suficientes que demuestren que las dependencias en las que el reclamante permaneció detenido estuvieran por debajo del nivel mínimo que exige el derecho internacional. Igualmente escasas son las pruebas sobre la comida que se le sirvió y sobre las alegaciones de que no dispuso de cama ni de ropa de cama. Sin embargo, el prolongado período de detención y el hecho de que se le mantuviera incomunicado y no se le facilitara información sobre la finalidad de su detención constituyen, en opinión de la Comisión, un maltrato y un rigor innecesarios

vigilancia de las autoridades del Estado»). La información que figura en esta sección está tomada del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 715 a 726.

⁵⁹³ Caso *Ben Tillett*, Gran Bretaña, Bélgica, laudo arbitral de 26 de diciembre de 1898, en G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, segunda serie, t. XXIX, Leipzig, Dieterich Theodor Weicher, 1903, pág. 269.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pág. 270.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, pág. 271.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*, págs. 271 y 272.

que no están justificados por el propósito de la detención y son de una entidad tal que hacen a los Estados Unidos Mexicanos responsables conforme al derecho internacional⁵⁹⁸.

241. En su comentario sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que si un procedimiento entraña detención, deben concederse las garantías previstas en los artículos 9⁵⁹⁹ y 10⁶⁰⁰ del Pacto para los casos de privación de libertad⁶⁰¹.

242. En el Convenio europeo de derechos humanos se reconoce expresamente el derecho de los Estados de detener a todo extranjero que sea objeto de un procedimiento de expulsión. El artículo 5, párr. 1, dispone lo siguiente en su parte pertinente:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona [...] contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión.

243. En la causa *Chahal c. Royaume-Uni*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró numerosos aspectos del artículo 5, párr. 1, apdo. f, y declaró que esta

⁵⁹⁸ *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, laudo de 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1951.V.1), pág. 369.

⁵⁹⁹ En el artículo 9 se dispone lo siguiente:

«1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.»

⁶⁰⁰ En el artículo 10 se dispone lo siguiente:

«1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.»

⁶⁰¹ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/41/40)*, anexo VI, Comentario general sobre la situación de los extranjeros en virtud del Pacto (n.º 15), párr. 9.

disposición no exigía que la detención de una persona mientras se producía su deportación tuviera que considerarse razonablemente necesaria, por ejemplo, para impedir que cometiera un delito o se diera a la fuga⁶⁰². Sin embargo, el Tribunal indicó que la privación de libertad sólo era admisible mientras el procedimiento de expulsión estuviera pendiente y siempre que la duración de tal procedimiento no fuera excesiva.

No obstante, el Tribunal recuerda que cualquier privación de libertad conforme a esa disposición [art. 5, párr. 1, apdo. f] sólo puede justificarse mientras esté pendiente el procedimiento de deportación. Si ese procedimiento no se tramita con la debida diligencia, la detención dejará de estar justificada conforme al artículo 5, párr. 1 f. [...] Por consiguiente, es necesario determinar si la duración del procedimiento de deportación fue excesiva⁶⁰³.

244. Asimismo, según el Tribunal, la detención en espera de la expulsión debe ajustarse a derecho y ser susceptible de control jurisdiccional. A este respecto, la «legalidad» de la detención implica su conformidad con el derecho nacional, aunque también exige «que cualquier privación de la libertad se ajuste a la finalidad del artículo 5, es decir, proteger a la persona frente a la arbitrariedad»⁶⁰⁴. Asimismo, el control jurisdiccional debe ser lo suficientemente amplio para extenderse a los requisitos indispensables para que la detención sea «lícita» según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5⁶⁰⁵.

245. También cabe mencionar el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁶⁰⁶, especialmente el principio 8, relativo a la detención en espera de expulsión. En un sentido general, de los 36 principios, los 19 siguientes parecen pertinentes a los efectos de examinar las condiciones de detención de una persona con miras a su expulsión:

Principio 1: Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano;

Principio 2: El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

Principio 3: No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

[...]

Principio 5: 1. Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [...]

⁶⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, demanda n.º 22414-93, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*, párr. 112. El Tribunal reafirmó esta posición en la causa *Čonka c. Belgique*, sentencia de 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99, *ibíd.*, 2002-1, párr. 38.

⁶⁰³ Causa *Chahal* (nota precedente), párr. 113.

⁶⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 118. Véase también la causa *Čonka* (nota 602 *supra*), párr. 39.

⁶⁰⁵ Causa *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 127.

⁶⁰⁶ Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988, anexo.

Principio 6: Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

[...]

Principio 8: Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.

Principio 9: Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.

Principio 10: Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Principio 11: 1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

3. Se facultará a un juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.

Principio 12: 1. Se harán constar debidamente:

- a) Las razones del arresto;
- b) La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad;
- c) La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido;
- d) Información precisa acerca del lugar de custodia.

2. La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.

Principio 13: Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

Principio 14: Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

Principio 15: A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o de su abogado, por más de algunos días.

Principio 16: [...] 2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional, o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.

[...]

Principio 17: 1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

[...]

Principio 21: 1. Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona. [...]

Principio 22: Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.

[...]

Principio 24: Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

[...]

Principio 33: 1. La persona detenida o presa, o su abogado, tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas, una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

246. La cuestión de la detención en espera de expulsión fue planteada por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, quien destacó especialmente la necesidad de que la decisión de detener a una persona fuera objeto de una revisión periódica; la necesidad de la existencia del derecho a apelar; el carácter no punitivo de la detención administrativa; el requisito de que la detención durara únicamente el tiempo necesario para que la deportación se hiciera efectiva; y la necesidad de que se pusiera fin a la detención cuando fuera imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no pudieran imputarse al migrante:

En los casos de detención administrativa no siempre están garantizados el derecho a la revisión judicial o administrativa de la legalidad de la detención, ni el derecho de apelación contra la decisión u orden de detención o de deportación ni el derecho a solicitar la libertad bajo fianza u otras medidas no privativas de la libertad⁶⁰⁷.

La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida⁶⁰⁸.

La Relatora Especial expresa una preocupación particular porque la legislación contra el terrorismo promulgada recientemente, por la que se permite la detención de migrantes sobre la base de acusaciones imprecisas e indeterminadas de amenazas a la seguridad nacional, pueda dar lugar a una detención indefinida si los migrantes no pueden ser deportados de inmediato, ya que ello implicaría una amenaza a su seguridad y sus derechos humanos⁶⁰⁹.

La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo⁶¹⁰.

247. A continuación, la Relatora Especial recomendó que los gobiernos deberían

[v]elar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida. [...] La decisión de detener a un migrante debería ser objeto

⁶⁰⁷ Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, E/CN.4/2003/85, párr. 20.

⁶⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 35.

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 37.

⁶¹⁰ *Ibíd.*, párr. 43.

de una revisión periódica sobre la base de criterios legislativos claros. Debería ponerse fin a la detención cuando sea imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no puedan imputarse al migrante⁶¹¹.

248. Cabe recordar que en 1892, el Instituto de Derecho Internacional declaró que una persona a quien se pretendiera expulsar no debía ser privada de su libertad en espera de su deportación⁶¹². En la actualidad, esa opinión sería considerada muy poco realista en la mayoría de los casos, y es difícil pensar que el Instituto la sostendría en la actualidad.

249. La legislación nacional varía considerablemente en cuanto a la legalidad y las condiciones de detención en espera de la expulsión⁶¹³. En algunos Estados se puede detener a un extranjero antes de expulsarlo en el marco normal de un proceso de expulsión cuando el extranjero haya eludido o intentado eludir la expulsión⁶¹⁴, o haya incumplido las condiciones que llevara aparejada su puesta en libertad provisional⁶¹⁵; cuando el extranjero haya cometido ciertos delitos u otras infracciones, o ponga en peligro el orden público o la seguridad nacional del Estado⁶¹⁶; para que las autoridades competentes puedan determinar la identidad o nacionalidad del extranjero, o para garantizar su seguridad después del traslado⁶¹⁷; o cuando se estime necesario para llevar a cabo la deportación, en relación, por ejemplo, con las medidas necesarias para su transporte⁶¹⁸. Asimismo, los

Estados pueden prohibir que se detenga al extranjero cuando se haya ordenado que éste abandone voluntariamente el país⁶¹⁹; o autorizar la detención del extranjero o la imposición de otras restricciones a su libertad de residencia o circulación antes de la salida voluntaria del extranjero⁶²⁰.

250. La ley aplicable puede establecer la duración del período de detención, los procedimientos que corresponda aplicar, o los derechos y recursos a disposición del extranjero⁶²¹. El Estado puede autorizar expresamente la detención de menores⁶²², de personas susceptibles de recibir protección⁶²³, o de extranjeros presuntamente relacionados con actividades de terrorismo⁶²⁴. Hay Estados que permiten al extranjero solicitar la libertad bajo fianza⁶²⁵. Otros pueden restringir el derecho de residencia del extranjero o sus actividades, o decidir que quede sujeto a control en lugar de ordenar que se le detenga, sin contemplar específicamente su detención⁶²⁶. Hay Estados que pueden acordar con otros el traslado de los extranjeros detenidos⁶²⁷. Algunos Estados pueden exigir al extranjero

Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), b), 3) y 4); Malasia, Ley de 1959-1963, art. 34, 1); Nigeria, Ley de 1963, arts. 31, 3) y 45; Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 59 y 83; Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 101, 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22, 4) y 124, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 63, 1) y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13b, 1), a) y b). Ese tipo de detención puede permitirse expresamente en tiempo de guerra (Nigeria, Ley de 1963, art. 45).

⁶¹⁹ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 100, 1).

⁶²⁰ Japón, Orden de 1951, art. 55-3, 3); y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 123, 2).

⁶²¹ Alemania, Ley de 2004, art. 62, 1) a 3); Argentina, Ley de 2004, arts. 70 a 72; Australia, Ley de 1958, arts. 196, 253, 254 y 255, 6); Austria, Ley de 2005, arts. 3.76, 3) a 7) y 3.78 a 3.80; Belarús, Ley de 1998, art. 30; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 28, 3), 43, 5) y 68, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 60; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 241, a), 2) y 507, b), 1), 2), C), c); Federación de Rusia, Ley n.º 115-FZ de 2002, arts. 31, 9) y 34, 5); Kenya, Ley de 1967, art. 12, 2); Madagascar, Ley de 1962, art. 17; Malasia, Ley de 1959-1963, arts. 31, 34, 1) y 35; y Nigeria, Ley de 1963, art. 2, 3, 2). Tal detención puede decretarse específicamente en relación con un extranjero presuntamente relacionado con la comisión de actos de terrorismo y puede prolongarse mientras dure el juicio penal del extranjero y el cumplimiento de la correspondiente sentencia (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 507, b), 1), 2), C) y c)).

⁶¹⁵ Alemania, Ley de 2004, art. 62, 2); Belarús, Ley de 1993, art. 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 68, 2); Colombia, Decreto de 1995, art. 93; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 3); Hungría, Ley de 2001, art. 46, 1), a) y b); Italia, Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 6), y Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Orden de 1951, art. 55, 1); Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 101, 1); República Checa, Ley de 1999, art. 124, 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 66, y Decreto de 1993, art. 80; y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13b, 1), c).

⁶¹⁶ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 68, 2); Colombia, Decreto de 1995, art. 93; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, a), 6); Grecia, Ley de 2001, art. 44, 3); Hungría, Ley de 2001, art. 46, 1), c) a e), 2) y 9); y República Checa, Ley de 1999, art. 124, 1).

⁶¹⁷ Austria, Ley de 2005, art. 3.80, 4), 1); Brasil, Ley de 1980, art. 60; China, Disposiciones de 2003, art. 184; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 14, 1); Ley n.º 40 de 1998, art. 12, 1), y Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); y Nigeria, Ley de 1963, art. 31, 3).

⁶¹⁸ Alemania, Ley de 2004, art. 62, 1); China, Disposiciones de 2003, art. 184; Croacia, Ley de 2003, art. 58; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, a), 1), C); Francia, Código, art. L551-1; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 14, 1), y Ley n.º 40 de 1998, art. 12, 1); Japón, Orden de 1951, arts. 13-2 y 52, 5);

⁶²² Austria, Ley de 2005, art. 3.79, 2) y 3); y Suecia, Ley de 1989, arts. 6.19 y 6.22.

⁶²³ Austria, Ley de 2005, art. 3.80, 5); y Suiza, Ley Federal de 1931, arts. 13a, a) y d) y 13b, 1), d).

⁶²⁴ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 507, b), 2), D), c) 2), d) y e).

⁶²⁵ Belarús, Ley de 1998, art. 30; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, c), 2), C); Japón, Orden de 1951, arts. 54, 2) y 3) y 55, 3); Malasia, Ley de 1959-1963, art. 34, 1); y República de Corea, Ley de 1992, arts. 65 y 66, 2) y 3), y Decreto de 1993, arts. 79 y 80.

⁶²⁶ China, Reglamento de 1986, art. 15; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, a), 3); Francia, Código, arts. L513-4, L552-4, L552-5, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12 y L555-1; Hungría, Ley de 2001, art. 46, 8); Japón, Orden de 1951, art. 52, 6); Madagascar, Ley de 1962, art. 17; Nigeria, Ley de 1963, art. 23, 2); y República de Corea, Ley de 1992, art. 63, 2), y Decreto de 1993, art. 78, 2) y 3).

⁶²⁷ Australia, Ley de 1958, art. 254.

que pague los gastos de la detención⁶²⁸ y otros disponen expresamente que el propio Estado se haga cargo de ellos⁶²⁹. En ciertos Estados se establece de forma expresa que la devolución de un extranjero no podrá interpretarse como detención⁶³⁰.

251. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la arriba mencionada Recomendación 1547 (2002) sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, recomendó al Comité de Ministros que invitara de inmediato a los Estados miembros a adaptar sin demora su legislación y sus prácticas en materia de retención anterior a la expulsión, con objeto de:

a) Limitar la duración de la retención en zona de espera o de tránsito por un máximo de 15 días;

b) Limitar la duración de la retención en una comisaría al tiempo estrictamente necesario para que se inicie un eventual procedimiento de detención y separar a los extranjeros a quienes se tenga la intención de expulsar de las personas detenidas en relación con la comisión de delitos de derecho común;

c) Limitar la retención en prisión a las personas que representen un peligro comprobado para el orden público o la seguridad y separar a los extranjeros a quienes se tiene la intención de expulsar de las personas detenidas por delitos de derecho común;

d) Evitar que los extranjeros que deben ser expulsados queden detenidos en un establecimiento penitenciario, y, en particular:

— No mantener detenida a la persona en una celda;

— Prever acceso a lugares al aire libre así como a espacios privados y a espacios comunicados con el exterior;

— No impedir contactos con la familia y las ONG;

— Garantizar el acceso a medios de comunicación con el exterior, como el teléfono y el correo;

— Velar por que, durante la detención, los extranjeros puedan trabajar en condiciones dignas y que tengan una remuneración adecuada, y participar en actividades deportivas y culturales;

— Garantizar el libre acceso a asesoramiento y asistencia letrada independiente;

e) Garantizar, bajo la supervisión periódica de un juez, la estricta necesidad y proporcionalidad de la detención y su mantenimiento a los efectos de llevar a cabo la expulsión, y de fijar el plazo de detención en un máximo de un mes;

f) Dar preferencia a otras medidas como alternativas a la detención que restrinjan menos la libertad, como la asignación a una residencia u otras formas de control o de seguimiento, por ejemplo, la obligación de inscribirse; y contar con centros de acogida abiertos;

g) Organizar los centros de retención de modo que estén a cargo de personas especialmente seleccionadas y capacitadas para prestar apoyo psicosocial y de asegurar en ellos la presencia permanente, o al menos habitual, de «mediadores interculturales», intérpretes, médicos, psicólogos y la protección jurídica de asesores jurídicos.

252. Algunos tribunales nacionales han reconocido el derecho a detener extranjeros que eran objeto de un procedimiento de expulsión⁶³¹. En cuanto a la duración de la

⁶³¹ Estados Unidos: «Por lo tanto, el Tribunal reconoció asimismo que la detención en el marco de un procedimiento de expulsión era un aspecto de dicho procedimiento que estaba convalidado por la Constitución», caso *Demore v. Kim*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 29 de abril de 2003 [n.º 001-1491], 538 *United States Supreme Court Reports*, pág. 523. Federación de Rusia: «En virtud del párrafo 2 del artículo 22 de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida presente en el territorio puede, en caso de deportación del territorio, mientras esté pendiente la decisión del juez, ser detenido el tiempo que sea necesario para concluir el procedimiento de expulsión, pero no más de 48 horas», Tribunal Constitucional, sentencia n.º 6, Control de la constitucionalidad de una disposición del párrafo 2 del artículo 31 de la Ley de 24 de julio de 1981 de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, De la situación jurídica de los extranjeros en la URSS, en relación con la demanda de *Yahya Dashti Gafur*, 17 de febrero de 1998. Países Bajos: «Por razones de cautela, el Tribunal considera que, si, en opinión del Estado, redundaba en interés del orden público o de la seguridad nacional que M no pueda ser dejado en libertad mientras se encuentra a la espera de una eventual expulsión hacia un país que no sea Yugoslavia, o que se tome en relación con él alguna otra medida restrictiva, corresponde al propio Estado adoptar las medidas necesarias de conformidad con la ley», *SM c. Ministro de Justicia*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 29 de mayo de 1980, ILR, vol. 99, pág. 7, párr. 13. Brasil: «Se admite que, cuando lo impone el interés público, la detención de una persona que va a ser expulsada es lícita mientras dure el tiempo necesario para que se adopten las medidas solicitadas con vistas a su traslado o transferencia al extranjero», *In re de Souza*, Tribunal Federal Supremo, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, pág. 334. Argentina: «[E]s manifiestamente incompatible con los principios expuestos la pretensión de que se imponga a la repartición mencionada la obligación de poner en libertad al pasajero clandestino mientras realiza las gestiones tendientes a obtener su ingreso [...] pues ello equivaldría a desvirtuar y aun a anular el ejercicio de la facultad reconocida en el considerando precedente. Siempre que la Dirección de Migraciones no decida reembarcarlo o que el recurrente no opte por esta solución, no queda al mismo otra alternativa que permanecer alojado en el Hotel de Inmigrantes hasta tanto justifique haber cumplido los requisitos necesarios para ser admitido en el país», *Jenö Grünblatt*, Corte Suprema de Justicia, 7 de abril de 1948, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 209, 1948, págs. 561 y 562; véase también *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, pág. 278. Argentina: Por «[l]a segunda [disposición] se faculta al Poder Ejecutivo para ordenar la detención del extranjero de mayor peligrosidad por un tiempo que puede durar hasta el momento del embarque, cuando la seguridad pública así lo requiera», caso *Bernardo Groisman s/ hábeas corpus*, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. CLXXIII, 1935, pág. 140 (véase también ILR, vol. 8, pág. 346). Reino Unido: «En la causa *R v. Governor of Durham Prison*, ex parte *Singh* [1984] 1 WLR 704, se decidió en una resolución judicial que no ha sido jamás cuestionada (y que ha sido incluso reafirmada por el Consejo Privado en la causa *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1997] AC 97) que dicha detención sólo estaba permitida durante el tiempo que fuera razonablemente necesario para concluir el procedimiento de expulsión», *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores, [2004] UKHL 56, 16 de diciembre de 2004 (Lord Bingham de Cornhill); y *Rex v. Governor*

⁶²⁸ *Ibid.*, arts. 209 y 211.

⁶²⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 103, a), 11) y 241, c), 2), B); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 14, 9), y Ley n.º 40 de 1998, art. 12, 9); y Suiza, Reglamento de 1999, art. 15, 2) y 3);

⁶³⁰ Australia, Ley de 1958, art. 198A, 4).

detención, numerosos tribunales nacionales han determinado que sólo puede detenerse a un extranjero el tiempo que sea razonablemente necesario para la adopción de medidas encaminadas a su deportación⁶³². En algunos casos, los tribunales han considerado excesiva la detención durante períodos prolongados mientras se tramitaba el procedimiento de expulsión⁶³³.

253. En una serie de causas recientes⁶³⁴, algunos tribunales nacionales se preguntaron si podía detenerse

(Continuación de la nota 631.)

of *H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Sliwa*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de diciembre de 1951, ILR, vol. 18, pág. 310. Sudáfrica: *Aronowicz v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, División de Apelaciones, ILR, vol. 18, págs. 258 y 259. Australia: *Al-Kateb v. Godwin*, Tribunal Superior de Australia [2004] *High Court of Australia* 37, 6 de agosto de 2004.

⁶³² Véase por ejemplo, Brasil, *In re de Souza* (nota precedente), pág. 334: «Se entiende que la detención de la persona que se pretende expulsar durante el tiempo necesario para tramitar su embarque o traslado al extranjero es lícita si hay motivos de interés público que lo justifiquen». Estados Unidos: *Zadvydas v. Davis et al*, Corte Suprema, 28 de junio de 2001, *United States Reports*, vol. 533, pág. 678: «Para responder a esa pregunta, el Tribunal de Apelaciones que entiende en la causa debe preguntarse si la detención es demasiado prolongada en relación con el tiempo necesario para preparar su traslado al extranjero». Argentina: «Por justificadas que sean las razones de orden público que han determinado al Poder Ejecutivo a resolver la expulsión de un habitante del territorio de la Nación, es indudable que la privación de la libertad para esos fines no debe mantenerse más allá de los términos en que esa medida precautoria se convierte en pena sin ley», *Flaumbaum, Codyk*, Cámara Criminal y Correccional de la Capital, 24 de junio de 1941, *La Ley*, t. 23, 1941, pág. 773; véase también *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, pág. 313.

⁶³³ Véase, por ejemplo, Federación de Rusia, Tribunal Constitucional, sentencia n.º 6 (nota 631 *supra*). Argentina: La decisión en el caso *Groisman* «no [puede] interpretarse [...] como un reconocimiento de la facultad ejecutiva para prolongar la detención en el país, de una persona en el domiciliada, aun a los fines de hacer efectiva la expulsión legal, más allá de los términos en que esa medida precautoria se convierte en pena sin ley, en este caso diecinueve meses, sin juicio, sin plazo, y aplicada por un poder que, aun en el estado de sitio, no tiene esa facultad (arts. 23, 29 y 95 de la Constitución Nacional). Todo lo contrario, [...] están los tribunales que, en cada caso, pueden y deben estudiar si la detención excede o no a lo prudencial», caso *Cantor Antonio*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de abril de 1938, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 180, 1938, pág. 198; véase también *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, págs. 392 y 393. Venezuela: caso *Hely*, Corte Federal y de Casación, 16 de abril de 1941 (*Memoria de la Corte Federal y de Casación 1942*, t. I, pág. 419; citado en ILR, 1941-42, pág. 313) (el extranjero debe ser puesto en libertad, dado que el tiempo que lleva detenido rebasa el de la pena (de seis meses a un año) que la ley establece para el delito de que se le acusa). Brasil: *In re de Souza* (nota 631 *supra*), págs. 333 y 334 (la detención por un período de siete meses es ilícita). No obstante, véase Argentina, caso *Groisman* (nota 630 *supra*) (el período de detención puede superar los tres días); Sudáfrica: «Por consiguiente, las negociaciones para la recepción de un deportado suelen ser prolongadas, y el período de siete semanas durante el cual Aronowicz permaneció detenido no puede considerarse excesivo. No hay pruebas de que el Ministro haya actuado de mala fe y, por consiguiente, no se ha excedido en sus facultades», *Aronowicz v. Minister of the Interior* (nota 631 *supra*), págs. 258 y 259. Canadá, *Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, causa n.º 154, págs. 291 y 292 (la detención por un período de nueve meses mientras se negociaba la admisión en otro Estado no se consideró una dilación indebida). Estados Unidos: *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Tribunal de Distrito de Massachusetts, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, causa n.º 95, págs. 317, «El plazo que los jueces han estimado adecuado en tiempo de paz oscila entre uno y cuatro meses. Tal ve, un plazo más largo pueda estar justificado en tiempo de guerra».

⁶³⁴ En las causas anteriores en que se abordó la cuestión de la detención indefinida de extranjeros en espera de expulsión se llegó a las siguientes conclusiones: «El derecho a detener y mantener en prisión

indefinidamente a un extranjero si no podía expulsarse en un futuro próximo. El Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, en una causa sobre la que se pronunció en 1998⁶³⁵, examinó, en relación con la expulsión de un extranjero apátrida, la constitucionalidad de una ley que se consideraba permitía la detención indefinida del extranjero. El Tribunal declaró lo siguiente:

6. Con arreglo al artículo 22, párrafo 2, de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida que se encuentre en el territorio de la Federación de Rusia podrá, en caso de deportación del territorio de la Federación, ser detenido durante el período necesario para su deportación y hasta que recaiga la correspondiente sentencia judicial, siempre que dicho período no exceda de 48 horas. La persona sólo podrá permanecer detenida por más tiempo si así lo dispone una sentencia judicial y siempre que sea la única forma de garantizar que la deportación se lleve a cabo.

Por consiguiente, es necesaria una decisión judicial para brindar protección a la persona no sólo frente a la prolongación arbitraria del período de detención más allá de 48 horas, sino también frente a una detención ilícita como tal, ya que, en cada caso, el tribunal evalúa la licitud y validez de haberse recurrido a la detención de la persona de que se trate.

Del artículo 22 de la Constitución de la Federación de Rusia, en relación con el artículo 55 (párrs. 2 y 3) se desprende que la detención por un período indefinido no puede considerarse una restricción admisible del derecho individual a la libertad y la seguridad personal y constituye, en esencia, una denegación de ese derecho. Por ello, la disposición de la ley de la Unión Soviética relativa a la situación jurídica de los extranjeros en ese país que trata de la detención necesaria en espera de la expulsión, que el demandante cuestiona, no puede servir de base para justificar la detención por un período indefinido, aun cuando la solución de la cuestión de la expulsión de un apátrida pueda demorarse porque no haya ningún Estado que acepte recibir a la persona que se deporta. De lo contrario, la detención como medida necesaria para garantizar la ejecución de la decisión de deportación se convertiría en una forma autónoma de sanción que no está prevista en la legislación de la Federación de Rusia y contraviene las normas de la Constitución de la Federación de Rusia antes citadas⁶³⁶.

254. En el caso *Zadvydas*⁶³⁷ se pidió a la Corte Suprema de los Estados Unidos que se pronunciara sobre la constitucionalidad de una ley por la cual un extranjero presente en los Estados Unidos⁶³⁸ podía quedar detenido

a un extranjero no es más que una consecuencia natural del derecho a expulsar o deportar: ni este tribunal ni ningún otro del país están facultados para mantener indefinidamente en prisión a un ciudadano o un extranjero en su sano juicio, excepto como castigo por la comisión de un delito. La esclavitud fue derogada por la Decimotercera Enmienda a la Constitución. Es obvio que los procedimientos de deportación o expulsión no son penas que se impongan como sanción», Estados Unidos, Petición de *Brooks*, Tribunal de Distrito de Massachusetts, 28 de abril de 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, causa n.º 232, pág. 340. Brasil: *In re de Souza* (nota 631 *supra*), pág. 334, «No obstante, la prisión indefinida no tiene fundamento alguno en la ley, porque vulnera los principios de defensa de la libertad y los imperativos de justicia consagrados en nuestra legislación», y *Forster*, Tribunal Federal Supremo, 28 de enero de 1942 (la legislación anterior que limitaba la duración de la detención había sido derogada, de modo que en ese momento no existía un límite y el plazo quedaba a discreción del Ministerio de Justicia), ILR, vol. 12, pág. 235.

⁶³⁵ Federación de Rusia, Tribunal Constitucional, sentencia n.º 6 (nota 631 *supra*).

⁶³⁶ El Tribunal también declaró que la ley era inconstitucional, en la medida en que permitía la detención durante más de 48 horas sin que mediara una resolución judicial, *ibíd.*

⁶³⁷ Caso *Zadvydas* (nota 632 *supra*), pág. 678, resuelto con el caso *Kim Ho Ma*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001, núm. 00-38.

⁶³⁸ Aunque no un extranjero que solicitara ser admitido en ese país. Véase un análisis en el caso *Clark v. Martínez*, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005, n.º 03-878, [543 U.S. 371]. En la causa *Zadvydas*, el Tribunal no llegó a la misma conclusión

indefinidamente en espera de la deportación⁶³⁹. En vez de invalidar la ley, la Corte observó que:

Sin embargo, según un principio esencial de interpretación del derecho, cuando una Ley del Congreso plantea «dudas graves» en cuanto a su constitucionalidad, «esta Corte debe determinar en primer lugar si es razonablemente posible interpretar la ley de modo que sea compatible con la Constitución»⁶⁴⁰.

A continuación la Corte formuló las siguientes observaciones:

Una ley que permitiera la detención indefinida de un extranjero plantearía un grave problema constitucional. La cláusula de garantías procesales de la Quinta Enmienda prohíbe al Gobierno «privar a cualquiera [...] de su libertad [...] sin las debidas garantías procesales». El derecho a no ser encarcelado —a no ser objeto de detención, prisión u otras formas de restricción física por orden del Gobierno— constituye la esencia de la libertad que esa cláusula protege. Véase *Foucha v. Louisiana*, 504 U. S. 71, 80 (1992)⁶⁴¹.

Según el Gobierno, la ley tiene dos finalidades normativas:

garantizar la comparabilidad de los extranjeros en futuros procedimientos de inmigración». Memorial presentado por la defensa, n.º 99-7791, pág. 24. Sin embargo, por definición, la primera justificación —impedir la huida— es poco sólida cuando la expulsión parece, en el mejor de los casos, una posibilidad remota. Como declaró esta Corte en *Jackson v. Indiana*, 406 U.S. 715 (1972), cuando en la práctica ya no es factible lograr el objetivo de la detención, ésta «deja de tener una relación razonable con el fin que se perseguía al detener a la persona. Ídem., pág. 739»⁶⁴².

Por consiguiente, la Corte declaró que:

Al contestar a la pregunta básica [de si la existencia de determinadas circunstancias que justifiquen la detención durante el período que se estime razonablemente necesario para garantizar la expulsión, o más allá de él, puede condicionar la valoración de si la detención se ajusta o no a lo previsto en la ley], el tribunal del hábeas corpus debe preguntarse si la detención en cuestión rebasa el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. La razonabilidad debe ponderarse en primer lugar teniendo en cuenta la finalidad básica de la ley, es decir, garantizar la presencia del extranjero en el momento de la expulsión. Por consiguiente, si no existe una posibilidad razonable de expulsión, el tribunal debe estimar que no es razonable mantener detenido al extranjero y que la detención ha dejado de estar autorizada por la ley. En tal caso, claro está, la puesta en libertad del extranjero puede y debe estar sujeta a la modalidad de

que en las otras causas en que, al parecer, había autorizado la detención indefinida basándose en los mismos motivos, como en *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953) (en que un extranjero que había entrado legalmente en los Estados Unidos y a quien, tras volver a ese país después de un viaje al extranjero, se había denegado la entrada y había permanecido detenido indefinidamente en la isla Ellis porque el Gobierno no había podido encontrar otro país que lo recibiera).

⁶³⁹ «[L]a ley no establece límites en cuanto al tiempo que un extranjero que entra en una de las categorías del art. 1231, a), 6) puede permanecer detenido una vez que vence el plazo necesario para el cumplimiento de la orden de expulsión», caso *Zadvydas* (nota 632 *supra*), pág. 689.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, en referencia a *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932). Véanse también *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64, 78 (1994); *United States v. Jin Fuey Moy*, 241 U. S. 394, 401 (1916); *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U.S. 224, 238 (1998) (la interpretación que se dé a una ley para evitar que se la deje sin efecto refleja acertadamente la voluntad del Congreso).

⁶⁴¹ Caso *Zadvydas* (nota 632 *supra*), pág. 690.

⁶⁴² *Ibid.* No obstante, la Corte limitó el alcance de su decisión a la expulsión de extranjeros en situación regular y observó expresamente que «[t]ampoco se refiere a casos de terrorismo ni a otras circunstancias particulares con respecto a las cuales podrían invocarse argumentos especiales para justificar la aplicación de modalidades de detención preventiva o privilegiar las decisiones del poder público respecto de cuestiones de seguridad nacional», *ibid.*, pág. 696.

liberación bajo supervisión que mejor se ajuste a las circunstancias, y el extranjero podrá ser detenido de nuevo si incumple alguna de las condiciones que se le impongan. [...]

Somos conscientes de que reconocer ese necesario margen de maniobra al Ejecutivo a menudo exigirá realizar valoraciones complejas. Para limitar los casos en que los tribunales tengan que emitir ese tipo de juicios, entendemos que, en la práctica, es necesario establecer alguna presunción sobre qué debe entenderse por período de detención razonable. [...]

Aunque existen argumentos en favor de limitar cualquier presunción a 90 días, no estamos seguros de que cuando el Congreso redujo el período de detención a 90 días en 1996 creyera que todas las expulsiones razonablemente previsibles pudieran llevarse a cabo en ese plazo. Sin embargo, existen motivos para creer que anteriormente el Congreso había cuestionado la constitucionalidad de una detención superior a seis meses. (Véase *Juris. Declaración de los Estados Unidos en United States v. Wittkovich*, O. T. 1956, n.º 295, págs. 8 y 9.) Por consiguiente, en aras de la uniformidad de criterio de los tribunales federales, reconocemos la existencia de tal plazo. Pasados esos seis meses, cuando haya motivos para pensar que es poco probable que la expulsión del extranjero se decrete en un futuro razonablemente previsible, el Gobierno deberá producir elementos de prueba suficientes para refutar esa opinión. Y dada la prolongación cada vez mayor del período de detención anterior a la expulsión, para que la detención siga siendo razonable, lo que se entiende por «futuro razonablemente previsible» tendrá que ser, por el razonamiento inverso, cada vez más cercano. Es evidente que esa presunción de los seis meses no significa que todos los extranjeros deban ser puestos en libertad después de seis meses. Por el contrario, un extranjero puede permanecer detenido hasta que se determine que es poco probable que se le expulse en un futuro razonablemente previsible⁶⁴³.

255. Posteriormente, en la causa *Clark v. Martínez*⁶⁴⁴, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que su conclusión de que un extranjero sólo podía permanecer detenido durante el tiempo que fuera razonablemente necesario para ejecutar la orden de expulsión se aplicaba asimismo a los extranjeros que eran objeto de una orden de devolución. Por consiguiente, la Corte declaró que:

Dado que el Gobierno no dio ninguna razón para justificar el hecho de que el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión era más largo en el caso de un extranjero inadmisibles, se aplica en este caso la presunción establecida en la causa *Zadvydas* de que la detención debe durar seis meses (véase 533 U.S., págs. 699 a 701). El período de detención de Martínez y Benítez rebasó con creces los seis meses contados desde el momento en que sus órdenes de expulsión quedaron firmes. Dado que el Gobierno no ha aportado ningún argumento que indique que sigue siendo muy probable que se produzca la expulsión pese al transcurso de seis meses (de hecho, reconoce que ni siquiera mantiene ya negociaciones con Cuba para la repatriación), y que el Tribunal de Distrito ha determinado en ambos casos que la expulsión a Cuba no es razonablemente previsible, deberían haberse concedido las peticiones de puesta en libertad⁶⁴⁵.

256. De una cuestión similar se ocupó el Tribunal Superior de Australia en la causa *Al-Kateb v. Godwin*⁶⁴⁶, en la que examinó si la detención administrativa de extranjeros en situación irregular podía prolongarse indefinidamente. El Tribunal reafirmó la constitucionalidad de la ley impugnada. El magistrado McHugh observó que:

Una ley por la que se exige la detención de un extranjero tiene su razón de ser en la finalidad de la detención. La detención no es una sanción si tiene por objeto garantizar la disponibilidad del extranjero a efectos de su deportación o impedir su entrada en Australia o en la comunidad australiana⁶⁴⁷.

⁶⁴³ *Ibid.*, págs. 699 a 701.

⁶⁴⁴ Corte Suprema [543 U.S. 371] (nota 638 *supra*).

⁶⁴⁵ *Ibid.*, págs. 386 y 387.

⁶⁴⁶ 2004 *High Court of Australia* 37 (nota 631 *supra*).

⁶⁴⁷ *Ibid.*, párr. 45.

257. Varios magistrados también se han referido a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Zadvydas*, la Queen's Bench Division del Reino Unido en la causa *R. v. Governor of Durham Prison*, ex parte *Singh*⁶⁴⁸, y el Consejo Privado de Hong Kong en la causa *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*⁶⁴⁹, en las que se declaró que era ilícito detener a una persona indefinidamente. Hicieron notar que la impugnación de la detención indefinida no había prosperado en las causas *Lloyd v. Wallach*⁶⁵⁰, sobre la Ley de precauciones en tiempo de guerra de 1914 (Cth), y ex parte *Walsh*⁶⁵¹, referente al Reglamento general de seguridad nacional de 1939 (Cth).

258. En la causa *Al-Kateb* también se argumentó que, aunque la ley era constitucional, no se había decidido la cuestión de si la ley se ajustaba a las obligaciones internacionales de Australia. El Tribunal sostuvo expresamente que la Constitución debía interpretarse con arreglo a los principios de derecho internacional público al declarar que las normas de derecho internacional que existían en la época en que había sido aprobada la Constitución podían, en algunos casos, aclarar el sentido de una de sus disposiciones⁶⁵².

259. En el Reino Unido, en la causa *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*⁶⁵³, se trataba de saber si, en virtud de una derogación del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, se podía detener indefinidamente a los extranjeros contra los que se hubiera dictado una orden de expulsión pero cuya deportación no fuera posible.

260. Se observó que, conforme a la sentencia dictada anteriormente por la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Governor of Durham Prison* ex parte *Singh*, las personas sujetas a expulsión sólo podían ser detenidas «por el tiempo razonablemente necesario para llevar a cabo el procedimiento de expulsión»⁶⁵⁴. Sin embargo, se recordó

⁶⁴⁸ «Aunque la facultad de realizar detenciones que el párrafo 2 otorga al Secretario de Estado no está sujeta a ninguna limitación temporal expresa, estoy convencido de que está sujeta a limitaciones. En primer lugar, el Secretario de Estado sólo puede ordenar la detención si la persona detenida se encuentra a la espera de que se apruebe la orden de expulsión, o a la espera de que se ejecute dicha orden. En segundo lugar, dado que la facultad se le otorga para que el procedimiento de deportación pueda ponerse en marcha, entiendo que, de forma implícita, la facultad de detención se limita al período razonablemente necesario para conseguir ese fin» [1984] 1 *All England Law Reports*, pág. 985.

⁶⁴⁹ Consejo Privado de Hong Kong, 27 de marzo de 1997 [1997] AC 97.

⁶⁵⁰ Australia, 20 CLR 299 (1915).

⁶⁵¹ Australia, [1942] «*The Argus*» *Law Reports*, pág. 359.

⁶⁵² «Por último, a diferencia de lo que sostiene el magistrado Kirby, los tribunales no pueden interpretar la Constitución tomando como referencia las disposiciones del derecho internacional aceptadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución en 1900. Las normas de derecho internacional vigentes en esa época pueden aclarar, en algunos casos, el sentido de una disposición constitucional», 2004 *High Court of Australia* 37 (nota 631 *supra*), párr. 62 (Gleeson).

⁶⁵³ [2004] UKHL 56 (nota 631 *supra*).

⁶⁵⁴ *Ibid.*, párr. 8 (Lord Bingham de Cornhill). Lord Nicholls de Birkenhead observó que «[l]a prisión indefinida sin formular cargos ni celebrar juicio es inaceptable en cualquier país que respete el estado de derecho. Tal situación priva al detenido de la protección que le brinda el proceso penal. Para que esta medida tan extrema pueda justificarse deben concurrir circunstancias verdaderamente excepcionales» (párr. 74).

que, con arreglo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal* (véase el párrafo 243 *supra*), algunas personas relacionadas con la comisión de actos de terrorismo internacional no podían ser expulsadas del Reino Unido. Por tal motivo se había presentado una solicitud oficial de derogación del artículo 5 del Convenio.

261. La Cámara de los Lores llegó a la conclusión de que las disposiciones de la ley impugnadas que permitían la detención indefinida de extranjeros sin que se formularan acusaciones en su contra ni se dictara sentencia eran ilícitas a pesar de que se hubiese solicitado una derogación. Se consideró que las disposiciones eran desproporcionadas y discriminatorias, ya que se aplicaban de forma distinta a los nacionales y los extranjeros sospechados de la comisión de actos de terrorismo. Lord Bingham de Cornhill observó que:

El artículo 15 establece que la derogación de esas disposiciones no puede exceder lo que exija estrictamente la situación, y la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad o por la condición de inmigrante no ha sido objeto de derogación alguna. El artículo 14 sigue estando plenamente en vigor. Toda medida discriminatoria afecta inevitablemente a un reducido grupo de personas y no a un grupo mayor, pero no puede justificarse alegando que los perjudicados serían más si la medida se aplicara con carácter general. Lo que debe justificarse no es la medida en cuestión, sino la diferencia de trato entre una persona o grupo y otros. Lo que no puede justificarse aquí es la decisión de detener a un grupo de presuntos terroristas internacionales, definidos por su nacionalidad o su condición de inmigrantes, y no a otro⁶⁵⁵.

4. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

262. La duración de la detención tiene efectos innegables en las condiciones de detención. La duración de la detención es el período que transcurre entre el día en que la persona fue detenida con miras a su expulsión y el día de su puesta en libertad o de su expulsión efectiva. No existen convenciones internacionales que establezcan con precisión la duración permitida de una detención con miras a la expulsión de una persona. En la jurisprudencia internacional, si bien se recomienda que la detención debe tener una duración *razonable* y se considera que ciertos períodos de detención son *excesivos*, no se determinan con exactitud sus límites. Sin embargo, cabe señalar que la duración de la detención sólo puede calcularse cuando el procedimiento de expulsión es regular. En la causa *Hokic et Hrustic c. Italie*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que

[u]n período de detención es en principio regular si obedece al cumplimiento de una decisión judicial. La constatación ulterior de un error del juez no puede incidir, en derecho interno, en la validez de la detención ocurrida en ese intervalo de tiempo⁶⁵⁶.

263. La mayoría de las legislaciones nacionales limita la duración de la detención efectuada con miras a la expulsión. Los plazos varían de un Estado a otro y pueden ser prorrogados. Sin embargo, es difícil que esas disposiciones se respeten en la práctica dado que, en las palabras de un autor:

⁶⁵⁵ *Ibid.*, párr. 68.

⁶⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Hokic et Hrustic c. Italie*, sentencia de 1.º de diciembre de 2009, párr. 22.

El tiempo tiene dos funciones en el centro de retención. Por una parte, comprende el plazo necesario para establecer la identidad del extranjero detenido y entregarle los documentos correspondientes (pasaporte, *laissez-passer*, etc.). Por otra parte, el plazo sirve para intentar modificar la conducta de la persona detenida en relación con su expulsión, a fin de que, por ejemplo, coopere en la organización de su propia expulsión, por ejemplo, dando sus señas particulares (estado civil, país de tránsito, etc.)⁶⁵⁷.

La decisión de detener a un extranjero con miras a su expulsión puede ser considerada de distintas maneras por las autoridades de un mismo Estado. De conformidad con las legislaciones nacionales, puede detenerse a un extranjero como consecuencia de una decisión administrativa o judicial. En general, se trata de decisiones dictadas en aplicación de una cláusula de ejecución directa. Normalmente, corresponde a la autoridad que ha dictado la orden de detención establecer un plazo para esa detención y prorrogarla.

264. En Alemania, el artículo 57, 3) de la Ley de extranjería de 9 de julio de 1990 dispone que «[l]a detención que se ordena por razones de seguridad [*Sicherungshaft*] puede tener una duración de seis meses». La ley prevé la posibilidad de que se prorrogue esa duración por 12 meses cuando el extranjero «obstaculice» su expulsión, de modo que la duración total de la retención puede llegar a los 18 meses. La decisión de prorrogar el plazo debe adoptarse con arreglo al mismo procedimiento que la orden inicial de retención. En la práctica, como los tribunales ordinarios no se especializan en el derecho de los extranjeros⁶⁵⁸, adoptan en general la posición de la administración y consideran que las órdenes de retención son válidas por tres meses y que pueden prorrogarse en caso de ser necesario. El alojamiento de las personas en centros de retención está regulado en el artículo 57 de las Leyes de extranjería de 9 de julio de 1990 y 30 de junio de 1993.

265. En Bélgica, la Ley de 15 de diciembre de 1980 establece que, en principio, la duración de la detención no puede exceder de cinco meses, que pueden llegar a ser ocho cuando razones de orden público o seguridad nacional así lo justifiquen. Por otra parte, en la práctica la detención no tiene un plazo establecido en Bélgica, dado que éste comienza a correr de nuevo cada vez que una persona se opone a ser expulsada. Sin embargo, las detenciones de un año parecen ser excepcionales⁶⁵⁹. Los datos sobre la duración de las detenciones suministrados por el Ministerio del Interior sólo ofrecen una visión parcial de la realidad, dado que reflejan el sistema que se utiliza para calcular la duración de las detenciones. Los únicos datos comunicados por la Oficina de Extranjeros son la duración media de las detenciones por centro y no la duración media por detenido. Por lo tanto, no se tiene en cuenta la duración total del plazo durante el cual una persona ha estado realmente detenida, ya que no se tienen en cuenta las transferencias de un centro a otro, que son numerosas.

⁶⁵⁷ Weber, *loc. cit.*

⁶⁵⁸ Los asuntos contenciosos en los que es parte un extranjero son competencia de los tribunales administrativos.

⁶⁵⁹ Parlamento Europeo, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, informe de la delegación de la Comisión LIBE sobre la visita a los centros cerrados para solicitantes de asilo e inmigrantes de Bélgica, de 11 de octubre de 2007, ponente: Giusto Catania, pág. 3.

Como ejemplo, en el informe del centro «127 bis» correspondiente a 2006 se señala que

entre las 2.228 personas inscritas, 126 provenían de otros centros: en 2006, 176 residentes fueron transferidos hacia otro centro cerrado. Un detenido que hubiera pasado 2 meses en el centro «127», 3 meses en el centro «127 bis» y 24 horas en el «INAD» antes de su repatriación aparecerá en las estadísticas en tres ocasiones. Para la administración, no se considerará una persona que ha pasado detenida más de 5 meses. Todo lo contrario, a nivel estadístico, se tratará de 3 individuos, cuyos plazos de detención que aparecen por centros serán respectivamente de 2 meses, 3 meses y 24 horas, respectivamente. Paradójicamente, este detenido, que habrá pasado 5 meses en centros cerrados, permitirá a la administración reducir considerablemente las estadísticas de períodos de detención⁶⁶⁰.

[...]

Según las ONG, en Bélgica, a pesar de una duración de la detención máxima de 5 meses indicada en la ley, a veces las detenciones son mucho más largas en la práctica. Por ejemplo, algunas personas han pasado más de un año ininterrumpido en distintos centros cerrados. Los efectos psicológicos de detenciones tan largas son devastadores para las personas⁶⁶¹.

266. En Dinamarca no hay plazos establecidos para la duración total de la detención. La decisión de prorrogar el plazo debe adoptarse con arreglo al mismo procedimiento que la orden inicial de detención y debe respetar el principio de proporcionalidad: el juez debe verificar que se siga adelante con el procedimiento de la expulsión y que ésta se produzca en un plazo «razonable».

267. En España, la duración de la detención, que debe limitarse al mínimo necesario, no puede superar los 40 días. Se puede recurrir de la orden de detención en un plazo de tres días ante el magistrado que la ha dictado y, subsidiariamente, puede solicitarse la revisión de la medida ante una instancia superior. Estos recursos no tienen efecto suspensivo. Al término de 40 días, los extranjeros que no hayan podido ser expulsados —por ejemplo, porque carecen de documentos o porque las autoridades de su país se niegan a cooperar— son puestos en libertad. Esas personas no pueden ser objeto de una nueva medida de detención por los mismos motivos, pero la orden de expulsión dictada en su contra los condena a la marginalidad, dado que les impide encontrar vivienda y trabajar legalmente.

268. En Italia, el Tribunal Constitucional estableció que a partir de 2001 la detención constituía una privación de libertad que era incompatible con el artículo 13 de la Constitución, según el cual «[s]e prohíbe toda restricción a la libertad individual que no se base en un acto fundado de la autoridad judicial, en los casos y con arreglo a las formas previstas por la ley». Por lo tanto, las órdenes de detención deben ser confirmadas por un magistrado. La duración de la detención es de 30 días como máximo. A instancias de la policía, el magistrado puede prorrogarla por otros 30 días. La decisión de prorrogar la detención puede ser recurrida en casación, con efectos devolutivos. El recurso debe interponerse en un plazo de 60 días.

269. En Suiza, el artículo 76 de la Ley de extranjería dispone, en relación con la detención con miras a la devolución o la expulsión, que:

⁶⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 4.

⁶⁶¹ *Ibíd.*, pág. 7.

2. La duración de la detención a la que se refiere el inciso 5 del apartado *b* del párrafo 1, no puede exceder de 20 días.

3. La duración de la detención a la que se refieren los incisos 1 a 4 de los apartados *a* y *b* del párrafo 1 no puede exceder de tres meses; si existen obstáculos concretos a la ejecución de la devolución o la expulsión, puede prorrogarse la detención con el acuerdo de la autoridad judicial cantonal por un plazo de 15 y 9 meses como máximo para los menores de entre 15 y 18 años de edad. El plazo de detención al que se refiere el párrafo 2 debe incluirse en el cálculo del plazo máximo de detención.

270. El artículo L554-1 del Código de entrada y residencia de extranjeros en Francia dispone:

Un extranjero no puede ser retenido por más tiempo que el que sea estrictamente necesario para su partida. La administración debe ejercer la mayor diligencia posible al respecto.

Por lo tanto, sería importante que la administración publicara los plazos de detención por detenido y no sólo por centro, lo que parece posible desde el punto de vista técnico. La intervención simultánea de autoridades administrativas y judiciales en materia de detención de personas que son objeto de un procedimiento de expulsión crea confusión y no permite controlar los plazos de detención. Además, la posibilidad de que se prorrogue la detención lleva aparejado inevitablemente dificultades en el cálculo de la duración de la detención.

271. A fin de calcular la duración de la detención, las jurisdicciones internacionales, en este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tienen en cuenta el plazo que transcurre entre el día en que comenzó la detención del extranjero con miras a su expulsión y el día de su puesta en libertad⁶⁶². Los plazos de detención no pueden calcularse cuando un procedimiento de expulsión es irregular o la autoridad abusa de sus facultades.

272. Además de la jurisprudencia y la doctrina, también hay acuerdo entre las instituciones internacionales respecto de la necesidad de limitar la detención con miras a la expulsión a un plazo relativamente breve a fin de no prolongar la privación de libertad de la persona de que se trate. La ya mencionada recomendación 1547(2002), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, en su párrafo 13, recomienda al Comité de Ministros que invite insistentemente a los Estados miembros,

v. a adaptar sin demora su legislación y sus prácticas en materia de retención anterior a la expulsión, a fin de:

a. limitar la duración de la detención en la zona de espera o de tránsito a un máximo de 15 días;

b. limitar la duración de la detención en una comisaría al tiempo estrictamente necesario para que se inicie un eventual procedimiento de detención y separar a los extranjeros que sean objeto de un procedimiento de expulsión de las personas a quienes se interroga sobre delitos de derecho común.

273. La duración de la detención debe ajustarse a lo previsto en la ley. Es lo que decidió el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos en la causa *Shamsa*, en relación con dos nacionales libios que se encontraban ilegalmente en Polonia y contra quienes se dictó una orden de expulsión por atentado contra el orden público. Esas personas fueron detenidas con miras a su expulsión, y tras varios intentos infructuosos de expulsarlos, la policía de frontera los detuvo en la zona de tránsito del aeropuerto de Varsovia. En cuanto al carácter arbitrario de esa privación de libertad y su incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal señaló que el principio general de seguridad jurídica debía respetarse y que

[p]or lo tanto, es esencial que las condiciones de privación de libertad establecidas en el derecho interno estén claramente definidas y que la propia ley sea previsible en su aplicación, a fin de que cumpla con el criterio de «legalidad» previsto en el Convenio⁶⁶³.

En este caso concreto, los solicitantes habían sido detenidos durante un plazo que excedía el previsto por la ley polaca, que no precisa si es posible una detención de esa índole. Por lo tanto, el Tribunal decidió que la ley nacional no cumplía la condición de «previsibilidad» a los fines del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio y que dado que la decisión de expulsión había sido ejecutada sin fundamento jurídico alguno⁶⁶⁴, la privación de libertad no se había producido con arreglo al procedimiento establecido por la Ley, en el sentido del artículo.

274. En cuanto a la prórroga de una detención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que debía ser decidida por una jurisdicción o una persona que pudiera ejercer funciones judiciales⁶⁶⁵. En la citada causa *Shamsa*, el Tribunal dedujo esa norma del artículo 5 en su conjunto, y en particular, del apartado *c* del párrafo 1⁶⁶⁶ y del párrafo 3⁶⁶⁷. El Tribunal se refiere asimismo a que

la garantía de *habeas corpus* establecida en el artículo 5, párr. 4, apoya igualmente la idea de que la detención que se prolonga más allá del plazo inicial previsto en el párrafo 3 exige que intervenga un «tribunal» como garantía contra la arbitrariedad⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Shamsa c. Pologne*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, demandas n.ºs 45355/99 y 45357/99, párr. 49.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, párr. 53. Para otro ejemplo de detención sin fundamento jurídico, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Denizci et autres c. Chypre*, sentencia de 23 de mayo de 2001, *Recueil des arrêts et décisions 2001-V* (detención de emigrados chipriotas con miras a su expulsión de la República de Chipre hacia la parte norte de la isla).

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ En el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 5 se establece que nadie puede ser privado de su libertad, salvo:

«Si ha sido detenido preventivamente e internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido».

⁶⁶⁷ En el párrafo 3 del artículo 5 se estipula:

«Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, *c*) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio».

⁶⁶⁸ Caso *Shamsa* (nota 663 *supra*), párr. 59.

⁶⁶² Véase la nota 654 *supra*.

En el párrafo 4 del artículo 14 de su propuesta de directiva sobre el retorno, la Comisión Europea estableció que «[e]l internamiento temporal [a efectos de expulsión] podrá ser ampliado por las autoridades judiciales hasta un máximo de seis meses»⁶⁶⁹.

275. El artículo 7 de la Convención americana sobre derechos humanos prohíbe la detención o el encarcelamiento arbitrarios, y establece a ese fin ciertas garantías procesales⁶⁷⁰. En base a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estimó que no existía ninguna norma en el ordenamiento jurídico internacional que justificara la detención prolongada, fundándose en facultades extraordinarias, y, con menos razón aún, para mantener detenidas a personas sin formular acusaciones en su contra por presuntas violaciones a leyes de seguridad nacional o de otra índole, sin que tengan el derecho de ejercer las garantías propias de un proceso justo e imparcial⁶⁷¹.

276. A la luz de los análisis precedentes, se propone el siguiente proyecto de artículo, cuyas disposiciones se desprenden de diversos instrumentos jurídicos inter-

nacionales, de una jurisprudencia internacional bien establecida —en particular de carácter arbitral— y de una legislación y jurisprudencia nacional abundante y concorde, todo lo cual ha recibido el apoyo de la doctrina:

Proyecto de artículo B. Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión

1. La expulsión de un extranjero deberá realizarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Deberá llevarse a cabo con humanidad, sin rigores innecesarios y respetando la dignidad de la persona de que se trate.

2. a) La detención de un extranjero con miras a su expulsión deberá realizarse en un lugar adecuado, distinto del lugar en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad, y respetando los derechos humanos de la persona de que se trate.

b) La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

3. a) El período de detención no podrá ser indefinido. Deberá limitarse al tiempo razonablemente necesario para ejecutar la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.

b) La prolongación del período de detención sólo podrá ser decidida por un órgano judicial o por una persona que pueda ejercer funciones judiciales.

4. a) La decisión de detención deberá examinarse periódicamente, en plazos determinados, sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) Se pondrá fin a la detención cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos que no sean imputables a la persona de que se trate.

⁶⁶⁹ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1.º de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005) 391 final.

⁶⁷⁰ El artículo 7 dispone, en su parte pertinente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. [...]

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.»

⁶⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades: 1971-1981*, Washington, OEA, 1982, pág. 320, referencia citada en Federación Internacional de Derechos Humanos, informe n.º 429, octubre de 2005, «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme: les clés de la compatibilité». El informe se completó con un segundo informe presentado el mes siguiente sobre las violaciones de los derechos humanos en África Subsahariana en ocasión de la lucha contra el terrorismo, informe n.º 429-A, noviembre de 2005.

SEGUNDA PARTE

Procedimientos de expulsión

277. Con excepción de unas pocas disposiciones —por lo demás de carácter muy general— relativas a los derechos de los extranjeros que se encuentran en situación regular en los Estados, contenidas en algunos instrumentos internacionales, no existen, en términos estrictos, normas detalladas de derecho internacional que establezcan el procedimiento de expulsión y que permitan conciliar los derechos de la persona en vías de expulsión con el derecho soberano del Estado que la expulsa. La cuestión de la expulsión no está totalmente reglamentada en este ordenamiento jurídico y las normas de procedimiento aplicables a este respecto, ya sean de forma

o de fondo, así como las vías de recurso que se ofrecen a las personas interesadas, se desprenden en gran parte del análisis detallado de las legislaciones y jurisprudencias nacionales. Surge del presente análisis la necesidad de hacer una distinción entre el procedimiento aplicable a los extranjeros que han entrado legalmente en el territorio de un Estado y el aplicable a los que habrían entrado ilegalmente en él, en vista de que algunas legislaciones nacionales dispensan, dentro de esta última categoría, un trato diferente a los extranjeros que, si bien entraron ilegalmente en el territorio del Estado, residen en él desde hace algún tiempo.

CAPÍTULO II

Consideraciones preliminares: distinción entre «extranjeros en situación legal» y «extranjeros en situación ilegal»

A. Fundamento de la distinción entre «extranjeros en situación legal» y «extranjeros en situación ilegal»

278. En primer lugar corresponde hacer una breve precisión terminológica. El lenguaje no jurídico hace uso de un vocabulario muy gráfico para distinguir los migrantes extranjeros en función de su situación jurídica en el Estado de residencia. Se habla así de «inmigrantes clandestinos» por oposición a los «legales» o «en situación regular». Los textos jurídicos no emplean una terminología uniforme. Algunos distinguen, según el caso, entre extranjeros «legales» y extranjeros «ilegales», o extranjeros que se hallan «legalmente» en el territorio de un Estado, por oposición a los que se encuentran allí «ilegalmente». Otros hablan de extranjeros «en situación regular», por oposición a los que estarían «en situación irregular» en el territorio de un Estado. Todas estas expresiones se refieren sin embargo a una misma y única realidad: los inmigrantes que residen en un Estado de conformidad con la legislación relativa a la entrada y la estancia de extranjeros, y los que se encuentran en un Estado en contravención de dicha legislación. Por lo tanto, se emplearán como sinónimos las expresiones extranjeros que se hallan «legalmente» o «en situación regular» en el territorio de un Estado, por una parte, y extranjeros que se encuentran allí «ilegalmente» o «en situación irregular», por la otra.

279. No obstante, son muy pocos los textos internacionales que consagran expresamente el principio de la distinción entre los extranjeros que se hallan en situación regular en un Estado y los extranjeros que se encuentran allí en situación irregular. Parecería incluso que la Convención sobre el estatuto de los refugiados es la única que establece explícitamente esa distinción. El artículo 31, titulado «Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio», rige el tratamiento de esta categoría de refugiados por los Estados Contratantes, pese a que el artículo 32, que se refiere a la «Expulsión», solamente prohíbe a los Estados Contratantes expulsar a cualquier «refugiado [...] que se halle legalmente en el territorio de tales Estados».

280. Esta distinción es necesaria por cuanto tiene un fundamento implícito en varios otros instrumentos jurídicos internacionales. En efecto, dicha distinción se desprende del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

281. Esta disposición prevé únicamente el caso del extranjero que se halla «legalmente» en el territorio de un Estado, lo que significa, *a contrario sensu*, que excluye al que estaría allí «ilegalmente», sugiriendo así que existen las dos categorías de extranjeros y que no pueden ser tratadas de manera idéntica.

282. La distinción entre extranjeros que se hallan «legalmente» en el territorio de un Estado y los que se encuentran allí «ilegalmente» puede inferirse también del párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que estipula:

Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.

283. También en este caso cabe considerar que esta disposición, al igual que toda la Convención, se aplica únicamente a los trabajadores migrantes legales. En efecto, el hecho de que un trabajador migrante pueda, llegado el caso, ser «privado de su autorización de residencia» o de su «permiso de trabajo» implica que ya tiene esa autorización, la que condiciona, en la mayoría de los Estados, el otorgamiento del «permiso de trabajo». No cabe duda entonces de que esta disposición se refiere solamente a la situación de los trabajadores migrantes legales en lo que respecta a la legislación sobre la entrada y la estancia en el Estado de acogida, por oposición a los trabajadores ilegales, comúnmente llamados «trabajadores clandestinos» o «trabajadores en negro».

284. Por su parte, el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas establece que

[l]os Estados Contratantes no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados.

285. Los extranjeros considerados «personas protegidas» constituyen una categoría que se encuentra principalmente en las legislaciones nacionales y no en los instrumentos internacionales. Esta categoría de extranjeros goza de determinadas garantías que la ley no ofrece a los inmigrantes ilegales que han llegado en fecha reciente, los que, por su parte, están sujetos al procedimiento de devolución o deportación por infringir las normas de entrada en el territorio del Estado. Como se verá más adelante, las legislaciones de la mayoría de los Estados prevén para estos últimos un procedimiento sumario de devolución o deportación cuyas modalidades pueden variar de un Estado a otro.

286. Cabe aclarar que si bien la distinción entre estas diferentes categorías de extranjeros es necesaria en aras de la codificación y, eventualmente, con miras al desarrollo progresivo, teniendo en cuenta asimismo las orientaciones que surgen del derecho internacional así como las que dimanar de la práctica de los Estados, no es en absoluto imprescindible en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos de las personas expulsadas. Éstas siguen siendo seres humanos con independencia de las condiciones en las que hayan entrado en el Estado que las expulsa y, como tales, tienen derecho a gozar de la misma protección de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana y, en particular, del derecho al respeto de la dignidad humana.

B. Aclaración semántica de las nociones de extranjero «residente» o «que se halla legalmente» o «ilegalmente» en el territorio de un Estado

287. El Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece en su artículo 1, párr. 1, que

[u]n extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley.

En su informe explicativo de este artículo, el Comité Directivo sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa destacó que el término «residente» no designaba al «extranjero que ha llegado a un puerto o a cualquier otro punto de entrada [y que] no ha pasado aún por el control de inmigración, [ni] al extranjero que ha sido admitido en el territorio de un Estado únicamente en tránsito o, en calidad de no residente, por un período limitado»⁶⁷². En lo que respecta al término «legalmente», el Comité Directivo aclaró que cada Estado fijaba las condiciones que debía reunir un extranjero para estar en situación regular en su territorio. Además, el artículo 1 del Protocolo n.º 7 «se aplica no solamente al extranjero que ha entrado legalmente en el territorio, sino también a aquel que entró ilegalmente pero cuya situación se regularizó con posterioridad»⁶⁷³. A la inversa, la persona que deja de reunir las condiciones de entrada o permanencia exigidas por la legislación del Estado parte en cuestión «no puede considerarse que se halla ‘legalmente’ en el territorio de [ese] Estado»⁶⁷⁴.

288. Otros textos adoptados en el marco del Consejo de Europa dan una definición más concisa de los términos de residencia legal. Así, en el apartado b de la sección II del Protocolo del Convenio europeo de establecimiento se dispone brevemente que «se considera que los nacionales de las Partes contratantes residen legalmente en el territorio de una de ellas cuando han cumplido» las normas que rigen la admisión, la estancia y la circulación de los extranjeros. En 1993, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo n.º 7 sólo se aplicaba a los solicitantes que hubieran permanecido en el territorio del Estado en cuestión a la espera «de una decisión sobre [su] solicitud de asilo político o de la obtención de un permiso de estancia», una vez vencida su visa temporaria⁶⁷⁵. El artículo en cuestión no se aplicaba al interesado que no tuviera un permiso de estancia, a partir del momento en que su solicitud de asilo fuera rechazada en forma definitiva⁶⁷⁶.

289. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las modalidades de aplicación de esta disposición, en particular en el caso *Sejdovic*, en el que entendió que

⁶⁷² Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 1, párr. 9, segundo apartado. Véase también Ducroquetz, *op. cit.*

⁶⁷³ *Ibid.*, art. 1, párr. 10.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, art. 1, párr. 9, tercer apartado.

⁶⁷⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 13 de enero de 1993, *Voulfovitch et autres c. Suède*, demanda n.º 19373/92, *Décisions et rapports* 74, pág. 199.

⁶⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 8 de febrero de 1993, *S.T. c. France*, demanda n.º 20649/92.

en el momento en que las autoridades italianas decidieron expulsar a los demandantes, éstos no se hallaban «legalmente» en Italia, dado que carecían de un permiso de estancia válido, y que el artículo 1 del Protocolo n.º 7 no se aplica al caso en examen⁶⁷⁷.

A la inversa, en la sentencia dictada el 5 de octubre de 2006 en el caso *Bolat*, relativo a la expulsión de la Federación de Rusia de un nacional turco, el Tribunal señaló que el artículo 1 del Protocolo n.º 7 era aplicable en la medida en que, en ese caso concreto, el demandante «había sido admitido legalmente en el territorio ruso para residir en él [y] se le había expedido un permiso de estancia, que fue posteriormente prorrogado en virtud de una resolución judicial dictada en su favor»⁶⁷⁸.

290. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Comentario general n.º 15 de 1986, explicó que el requisito de legalidad previsto en el artículo 13 del Pacto implicaba que se debía tener en cuenta el derecho nacional en materia de entrada y estancia «para determinar el carácter de [la protección otorgada por este artículo a los extranjeros], y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente [...] y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados [por esta disposición]»⁶⁷⁹. No obstante, agregó el Comité, si la cuestión controvertida es la licitud de la entrada o permanencia de un nacional extranjero, toda decisión que desemboque en su expulsión debe adoptarse «con arreglo a lo previsto en el artículo 13».

291. Así pues:

a) Se considera «residente» en un Estado, al extranjero que ha pasado por el control de inmigración y ha franqueado los puntos de entrada en el territorio de dicho Estado, que son, entre otros, los puertos, los aeropuertos y los puestos fronterizos terrestres;

b) En cambio, no se considera residente al extranjero que ha sido admitido en el territorio de un Estado solamente en tránsito o como no residente, por un período limitado;

c) Se considera que un extranjero se halla «legalmente» o «en situación regular» en el territorio de un Estado cuando reúne las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación de dicho Estado;

d) En cambio, se considera que un extranjero se halla «ilegalmente» o «en situación irregular» en el territorio de un Estado cuando no reúne, o ha dejado de reunir, las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación de dicho Estado.

292. En opinión del Relator Especial, estas precisiones terminológicas podrían contribuir a mejorar y enriquecer las definiciones contenidas en el proyecto de artículo 2 que fue remitido por la Comisión al Comité de Redacción en 2007⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre la admisibilidad de 14 de marzo de 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italia*, demanda n.º 57575/00, punto 8, causa desestimada por sentencia de 8 de noviembre de 2002.

⁶⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Russie*, demanda n.º 14139/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XI, párr. 77.

⁶⁷⁹ Véase la nota 601 *supra*.

⁶⁸⁰ Véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 54, pág. 123.

CAPÍTULO III

Procedimientos aplicables a la expulsión de los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado

A. Extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio del Estado que los expulsa

293. En la mayoría de los países, las autoridades administrativas son las únicas competentes para decidir respecto de la expulsión de un extranjero que ha entrado ilegalmente en el territorio del Estado. En efecto, muchos países no hacen intervenir al juez en el procedimiento de expulsión cuando el extranjero está en situación irregular. En Francia, un estudio realizado por el Senado sobre la expulsión de los extranjeros en situación irregular en determinados Estados europeos describe ampliamente esta situación⁶⁸¹. El estudio subraya la disparidad de las legislaciones nacionales en la materia.

294. En Alemania, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la Ley de 30 de julio de 2004 relativa a la estancia, la actividad profesional y la integración de los extranjeros en el territorio federal. Dicha ley, que entró en vigor el 1.º de enero de 2005, reiteró en esta materia los elementos esenciales de las disposiciones de la Ley de 1990 sobre los extranjeros. La ley favorece la partida voluntaria de los extranjeros en situación irregular. La expulsión no requiere una decisión específica, de modo que no puede ser impugnada. En cambio, la decisión de someter a detención administrativa, adoptada por el juez a solicitud de la administración, puede ser apelada. De hecho, en este Estado, las medidas de expulsión no requieren una decisión específica, porque la expulsión constituye apenas una modalidad de ejecución de la obligación de abandonar el territorio en la que se encuentra todo extranjero en situación irregular. Ahora bien, para los extranjeros en situación irregular, la obligación de abandonar el territorio es en todos los casos de ejecución inmediata: ya sea solamente en virtud de la Ley sobre los extranjeros, cuando la falta del permiso de estancia se debe a que el extranjero entró ilegalmente o no solicitó dicho permiso, o en virtud del acto administrativo que deniega el permiso de estancia. En este Estado, la ejecución de la Ley sobre los extranjeros incumbe a la administración responsable de la inmigración en los *Länder*.

295. La posibilidad de ejecución forzada, prevista en la Ley sobre los extranjeros, existe de manera general en el derecho administrativo alemán. De acuerdo con la Ley de 1953 sobre la ejecución administrativa, un acto administrativo que impone una obligación o una prohibición no sólo tiene fuerza ejecutiva, sino que puede ser objeto de ejecución forzada por la administración, directamente y sin la intervención de un juez. La obligación de abandonar el territorio puede ser impuesta por la fuerza a todos los extranjeros que no tienen permiso de estancia, ya sea solamente en virtud de la Ley sobre los extranjeros, o en virtud de un acto administrativo que determina la extinción de su derecho a permanecer en el territorio de Alemania. Cuando la falta del permiso

de estancia se debe a que el extranjero entró ilegalmente o no solicitó dicho permiso, la Ley sobre los extranjeros dispone que la obligación de abandonar el territorio puede ser impuesta por la fuerza, sin necesidad de una decisión administrativa. En los demás casos, la Ley sobre los extranjeros hace nacer la obligación de abandonar el territorio, ya sea de la negativa de la administración a extender un permiso de estancia, o de otro acto administrativo (revocación del permiso otorgado o limitación de su plazo de validez, por ejemplo). La obligación de abandonar el territorio sólo puede ser impuesta por la fuerza a partir del momento en que el acto administrativo del que emana puede serlo él mismo, es decir, desde el momento del rechazo definitivo de los recursos⁶⁸² interpuestos contra ese acto. La ejecución forzada de la obligación de abandonar el territorio no está por ende subordinada al dictado de un acto administrativo concreto, debido a su carácter directamente ejecutorio.

296. Existen en definitiva dos procedimientos de expulsión de los extranjeros en situación irregular. El primero, sumario y comparable al de devolución en la frontera, es aplicable a los extranjeros que hayan entrado en forma ilegal en Alemania en los últimos seis meses. Pueden ser expulsados sin una orden previa y sin ser notificados por escrito. Sin embargo, no es posible expulsar a un extranjero en situación irregular hacia un país en el que corra el riesgo de ser perseguido. La ley prevé la posibilidad de garantizar la expulsión de determinados extranjeros sometiéndolos a detención (*Abschiebungshaft*: detención relativa a la expulsión). Enumera los motivos que justifican una medida de esa índole, entre ellos el hecho de haber entrado en el territorio de Alemania sin un documento válido. Los extranjeros que hayan entrado en forma ilegal en Alemania en los últimos seis meses y a los que corresponda aplicar el primer procedimiento de expulsión pueden ser sometidos a detención administrativa. El segundo procedimiento, que ofrece más garantías a los interesados, se aplica a los demás extranjeros en situación irregular. Están comprendidos en esta categoría, por una parte, los extranjeros que habiendo entrado legalmente en el país no hayan obtenido un permiso de estancia, y, por la otra, los que habiendo entrado en forma ilegal hayan permanecido en el país por más de seis meses porque no se les aplicó ninguna medida de expulsión durante los primeros seis meses de su estancia en Alemania. El procedimiento de expulsión de esta categoría de extranjeros se examinará en mayor detalle en la sección B *infra*, dedicada al procedimiento de expulsión de los extranjeros ilegales que son residentes de larga data. En ambos casos la ejecución de la medida de expulsión puede garantizarse mediante el traslado de los interesados a un centro de tránsito o a un centro de detención.

297. En Bélgica, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio,

⁶⁸¹ Véase Francia, *Documents de travail du Sénat*, série Législation comparée, «L'expulsion des étrangers en situation irrégulière», n.º LC 162, abril de 2006.

⁶⁸² Estos recursos no tienen efecto suspensivo.

la permanencia, el establecimiento y la deportación de extranjeros, así como del Decreto real de 8 de octubre de 1981, que reglamenta la aplicación de dicha ley. Ambos textos han sido modificados en varias oportunidades después de su entrada en vigor. La Ley favorece la partida voluntaria de los extranjeros en situación irregular, de tal manera que la expulsión, en principio, sólo se decide cuando el interesado no ha obedecido una orden de abandonar el territorio dentro de un plazo determinado. Todas las medidas vinculadas a la expulsión, incluida la detención, son adoptadas por la administración. En efecto, según la Ley de 1980, las decisiones de expulsión son adoptadas por el ministro competente en las cuestiones relacionadas con la inmigración, es decir, por el Ministro del Interior. Sin embargo, la resolución del Ministro del Interior de 17 de mayo de 1995, relativa a la delegación de las facultades del Ministro en materia de acceso al territorio, permanencia, establecimiento y deportación de extranjeros, prevé que las decisiones de expulsión aplicables a los extranjeros que hayan entrado en Bélgica eludiendo los controles fronterizos pueden ser adoptadas por los funcionarios de la Oficina de Extranjeros⁶⁸³, siempre que sean de determinada jerarquía, por los alcaldes y los funcionarios municipales responsables de la policía de extranjeros⁶⁸⁴, y por los agentes de la policía judicial y los suboficiales de gendarmería. Las decisiones de expulsión aplicables a los demás extranjeros expulsables (por ejemplo a los que se les haya denegado el derecho de asilo y que no hayan abandonado el país cuando debían hacerlo) sólo pueden ser adoptadas por los funcionarios de determinada jerarquía de la Oficina de Extranjeros. Contra las decisiones de expulsión se puede interponer un recurso de anulación o una demanda de suspensión ante el Consejo de Estado, mientras que las medidas privativas de libertad pueden ser impugnadas ante un juez.

298. En el Camerún, en lo que respecta a los extranjeros que entran en el Camerún de manera irregular, el artículo 59 del Decreto n.º 2000/286, de 12 de octubre de 2000, que establece las condiciones de entrada, estancia y salida de extranjeros, estipula:

La medida de devolución es adoptada en la entrada del territorio nacional por el jefe del puesto fronterizo o de inmigración.

299. En Dinamarca, las normas principales sobre la expulsión surgen de la Ley sobre los extranjeros, que ha sido modificada varias veces en los últimos años. El texto actualmente en vigor es la Ley n.º 826, de 24 de agosto de 2005. El ministerio competente —el Ministerio para los Refugiados, los Inmigrantes y la Integración— ha aclarado las normas legislativas en varias circulares. La Ley fomenta el retorno voluntario de los extranjeros en situación irregular a sus países de origen, de manera que la expulsión, en principio, sólo se decide cuando el interesado no colabora con las autoridades para abandonar el país. Con excepción de las decisiones privativas

de libertad, que son de competencia del juez⁶⁸⁵, todas las decisiones vinculadas al procedimiento de expulsión son adoptadas por la administración y sólo pueden ser objeto de un recurso administrativo no suspensivo. Las decisiones de expulsión relativas a extranjeros en situación irregular son adoptadas por la Agencia para los Extranjeros, que depende del citado Ministerio y que se encarga de la aplicación de la Ley sobre los extranjeros.

300. La instrucción y la ejecución de toda decisión de expulsión dictada por la Agencia para los Extranjeros compete a la policía. La decisión debe tener en cuenta la situación personal del extranjero, en particular su grado de integración en la sociedad danesa, su edad, su estado de salud y sus vínculos con personas que residan en Dinamarca, entre otros aspectos. La decisión debe también indicar el plazo dentro del cual el interesado debe abandonar el país, plazo que, según se establece en la Ley sobre los extranjeros, no puede ser inferior a 15 días. De conformidad con las normas generales enunciadas en la Ley sobre los actos administrativos, la decisión de expulsión debe expresar los motivos en que se funda, mencionar las vías de recurso de que dispone el extranjero y proporcionar indicaciones prácticas a ese respecto. La policía es quien notifica al interesado la decisión de expulsión adoptada por la Agencia para los Extranjeros. La notificación debe estar traducida, a menos que no exista ninguna duda de que el extranjero comprende la lengua danesa. Para garantizar la correcta ejecución de la decisión de expulsión, incluso antes de que sea adoptada, la policía puede tomar medidas de control. Puede exigir al extranjero en situación irregular que entregue sus documentos de identidad, deposite una fianza, se traslade a uno de los tres centros de tránsito⁶⁸⁶ o se presente periódicamente ante ella. La medida que se ordena con mayor frecuencia es el traslado a un centro de tránsito, con la obligación de presentarse ante la policía dos veces por semana. Estas medidas de control pueden ser recurridas ante el Ministro para los Refugiados, los Inmigrantes y la Integración, pero dicho recurso no tiene efecto suspensivo. En caso necesario, el extranjero puede ser sometido a detención administrativa (*frihedsberøvelse*: privación de libertad). La Ley sobre los extranjeros reserva la aplicación de esta medida, por una parte, a los casos en que los demás mecanismos de control son insuficientes para garantizar la presencia del interesado y, por la otra, a los casos en que el extranjero no coopera con su partida, por ejemplo negándose a dar información sobre su identidad.

301. En España, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este texto ha sido modificado varias veces después de su entrada en vigor, en particular por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. En la versión inicial de la

⁶⁸³ La Oficina de Extranjeros forma parte del Servicio Público Federal Interior, que es la administración subordinada a la autoridad del Ministro del Interior. La Oficina de Extranjeros se encarga de hacer cumplir la ley sobre los extranjeros. Tiene, en particular, una dependencia llamada «Deportación».

⁶⁸⁴ En las comunas más importantes existe un servicio que tiene competencia únicamente en materia de extranjeros, mientras que en otras es el servicio de población el que se encarga de las cuestiones relativas a los extranjeros.

⁶⁸⁵ Existe un solo orden jurisdiccional, compuesto por 82 tribunales, 2 tribunales de apelaciones y la Corte Suprema. No hay jurisdicción administrativa: los litigios entre la administración y los ciudadanos son resueltos generalmente por instancias especializadas antes de ser sometidos, si corresponde, a la jurisdicción ordinaria.

⁶⁸⁶ En esos centros de tránsito se recibe también a los solicitantes de asilo durante todo el período de examen de su solicitud, así como a las personas a las que se les deniega el derecho de asilo, hasta que abandonan el país.

Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros en situación irregular eran solamente pasibles de una multa administrativa. El Real Decreto n.º 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, amplía las disposiciones de la Ley sobre los extranjeros, en particular los artículos relativos a la expulsión. La expulsión de los extranjeros es una medida administrativa de ejecución inmediata. No obstante, el extranjero puede obtener la suspensión de la resolución de expulsión mientras espera que se resuelva su recurso de anulación. En cambio, la decisión de someter al extranjero a detención en un centro de internamiento administrativo es adoptada por el juez a pedido de la administración. La decisión de expulsión es adoptada por la administración, por el subdelegado del Gobierno, es decir, por la representación del gobierno nacional en la provincia. En las comunidades autónomas compuestas por una sola provincia, la autoridad competente es la delegación del Gobierno. Estas estructuras administrativas comprenden unidades especializadas en la aplicación de la Ley sobre los extranjeros. La resolución de expulsión debe ser objeto de un proceso de instrucción previo que se encomienda a la policía. En efecto, de acuerdo con la Ley sobre los extranjeros, encontrarse en España sin una autorización de estancia constituye una infracción administrativa grave⁶⁸⁷. Los autores de una infracción de este tipo son pasibles de una multa administrativa que oscila entre 301 y 6.000 euros, monto que debe determinarse en función de las posibilidades económicas del interesado. Sin embargo, los extranjeros en situación irregular pueden ser sancionados con la expulsión en lugar de una multa. La expulsión de los extranjeros en situación irregular no se resuelve de acuerdo con el procedimiento administrativo sancionador del derecho ordinario, sino mediante un procedimiento simplificado en virtud del cual las expulsiones pueden resolverse en 48 horas. Sin embargo, el procedimiento simplificado sigue las diferentes etapas del procedimiento ordinario. La policía notifica al extranjero en situación irregular que se ha entablado un procedimiento de expulsión en su contra entregándole un «acuerdo de iniciación» fundado de expulsión. El interesado dispone entonces de 48 horas para presentar la información que considere pertinente. Puede, en particular, aportar las pruebas de su integración en la sociedad española e impugnar los fundamentos de la aplicación del procedimiento simplificado, en teoría reservado a los casos excepcionales en los que conviene decidir la expulsión en el menor tiempo posible.

302. A partir del inicio del procedimiento de expulsión, el extranjero tiene derecho a la asistencia gratuita de un abogado y, en su caso, de un intérprete. Si la policía, que instruye el procedimiento, no recibe observaciones del interesado, o éste no reacciona, el acuerdo de iniciación se transmite tal como está a la administración competente para que dicte la resolución de expulsión, y se advierte de ello al extranjero. De lo contrario, las observaciones del extranjero son verificadas dentro de los tres días siguientes y se transmite un nuevo acuerdo de iniciación al interesado, que dispone nuevamente de 48 horas para presentar información. Una vez vencido este plazo, el acuerdo de iniciación es transmitido al órgano competente. La resolución de expulsión debe adoptarse en el plazo de seis

meses a partir del momento en que se inició el procedimiento. Durante este período, el interesado puede ser sometido a medidas de control, que se enumeran en la Ley sobre los extranjeros: retirada del pasaporte, presentación periódica ante las autoridades, residencia obligatoria en determinado lugar, detención «cautelar»⁶⁸⁸ por un período máximo de 72 horas e internamiento administrativo. Una vez que adquiere carácter definitivo, la resolución de expulsión es notificada al interesado. Debe expresar sus motivos y fundarse únicamente en los elementos expuestos en el acuerdo de iniciación. Debe también indicar las vías de recurso a disposición del extranjero. Es de ejecución inmediata⁶⁸⁹.

303. En el Reino Unido, las cuestiones relativas a la expulsión están a cargo de los funcionarios de los servicios de inmigración, pero el Ministro del Interior tiene, independientemente de cualquier caso en particular, la posibilidad de tomar él mismo la decisión; por ejemplo, para acelerar el procedimiento. Las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de las diversas leyes sobre los extranjeros que están actualmente en vigor: la Ley de 1971 sobre inmigración, la Ley de 1999 sobre inmigración y asilo, la Ley de 2002 sobre nacionalidad, inmigración y asilo, y la Ley de 2004 sobre el tratamiento de las solicitudes de asilo e inmigración, incluidas sus diversas modificaciones. Las disposiciones de estas leyes han sido aclaradas en reglamentos de aplicación. Además, en un manual de instrucciones destinado al personal de los servicios de inmigración se detallan las modalidades de aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias relacionadas con la expulsión.

304. La expulsión de un extranjero en situación irregular es una medida administrativa que, por regla general, se ejecuta en forma inmediata. Solamente las personas que han entrado legalmente en el Reino Unido gozan del beneficio de un recurso suspensivo. Los demás extranjeros deben abandonar el territorio antes de presentar sus recursos. Los recursos son examinados por un organismo independiente especializado en los procedimientos contenciosos de inmigración, el Tribunal de Asilo e Inmigración, cuyas decisiones sólo pueden ser impugnadas sobre la base de un error de derecho. Además, es imposible multiplicar los recursos con fines dilatorios: ningún extranjero puede, en principio, recurrir ante el Tribunal más de una vez. Por lo tanto, en ausencia de elementos nuevos, los recursos contra las decisiones que deniegan un permiso de estancia excluyen los recursos contra las decisiones de expulsión. Como todas las cuestiones relativas a la inmigración, las decisiones de expulsión son de competencia del Ministerio del Interior. Son adoptadas por un funcionario de los servicios de inmigración. La Ley de 1971 sobre inmigración prevé, en efecto, que los extranjeros que hayan entrado en el Reino Unido

⁶⁸⁸ Se trata de una medida privativa de libertad aplicable a los extranjeros en situación irregular y que difiere de la detención en espera de juicio. La ley limita su duración a las 72 horas, pero no prevé ningún recurso contra esta privación de libertad, que no es ordenada por un juez. En consecuencia, el extranjero detenido de esta manera puede, como toda persona detenida ilegalmente, presentar una demanda de hábeas corpus, para que se le lleve ante un juez lo antes posible.

⁶⁸⁹ En cambio, el procedimiento ordinario, aplicable, por ejemplo, a los extranjeros que trabajan sin tener las autorizaciones necesarias, da a los interesados un plazo mínimo de 72 horas para abandonar el territorio.

⁶⁸⁷ La Ley sobre los extranjeros distingue tres categorías de infracciones administrativas: leves, graves y muy graves.

eludiendo los controles fronterizos pueden ser expulsados por decisión de un funcionario de los servicios de inmigración, mientras que la Ley de 1999 sobre inmigración y asilo establece que los extranjeros que han entrado legalmente pero que se han extralimitado en su derecho pueden también ser expulsados por decisión de la misma autoridad administrativa. En el manual de instrucciones de los servicios de inmigración se establece claramente que los expedientes de expulsión de extranjeros en situación irregular son manejados por funcionarios con un cierto nivel de competencia y experiencia o por inspectores especialmente designados a los que se les haya delegado expresamente esa facultad. Esta norma se aplica a los casos más sencillos, a saber:

— El extranjero ha permanecido menos de diez años en el Reino Unido;

— Es fácil rastrear la trayectoria que siguió hasta llegar al Reino Unido;

— No tiene vínculos especiales con el Reino Unido; por ejemplo, familiares;

— No hay ninguna circunstancia excepcional que justifique su permanencia en el Reino Unido.

305. En los casos más complejos, la decisión sólo puede adoptarse con la conformidad de un funcionario de categoría superior, incluido el Ministro del Interior si se trata de un expediente delicado; por ejemplo, si ha intervenido un parlamentario o si se corre el riesgo de que el asunto tenga eco en los medios de difusión o repercuta en las relaciones con la comunidad a la que pertenece el extranjero. Desde 2000, la jurisprudencia considera que una persona que entra en territorio británico sin autorización no está necesariamente en situación irregular. Por ello, el manual de instrucciones de los servicios de inmigración indica que, a partir de ese momento, un funcionario sólo puede determinar que ha habido una entrada irregular si está convencido, en vista de la información recopilada, que esa es precisamente la situación, y si considera que su decisión no causa un perjuicio injustificado al extranjero en cuestión. Debe redactar una nota breve en la que explique cómo ejerció su potestad de apreciación. En todos los casos la decisión de expulsión puede ser adoptada por el Ministro del Interior, que puede hacerse cargo del expediente en cualquier momento, por razones de conveniencia o eficacia, por ejemplo porque manifiesta que el procedimiento no concluirá sin su intervención.

306. En Italia, el Decreto Legislativo n.º 286, del 25 de julio de 1998⁶⁹⁰, Texto único sobre inmigración, así como su principal decreto reglamentario, el Decreto n.º 394 del Presidente de la República, de 31 de agosto de 1999, enuncia las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular. Inicialmente, el Texto

⁶⁹⁰ Los decretos legislativos son textos legislativos aprobados por el Gobierno después de que el Parlamento le ha delegado su competencia mediante la votación de una ley de habilitación, mientras que los decretos leyes son textos aprobados por el Gobierno en situaciones de urgencia y luego convertidos en ley por el Parlamento, el cual puede, en el momento de la conversión, modificar las disposiciones adoptadas por el Gobierno. Varias modificaciones del texto único sobre inmigración fueron aprobadas en virtud de decretos leyes.

único era el resultado de la fusión de varios textos, entre ellos la Ley n.º 40, de 6 de marzo de 1998, llamada Ley Napolitano-Turco, que preveía diversas medidas sobre la inmigración y el estatuto de los extranjeros. Posteriormente fue modificado varias veces, en particular por la Ley n.º 189, de 30 de julio de 2002, llamada Ley Bossi-Fini, que modificó las disposiciones aplicables en materia de inmigración y asilo. Las disposiciones relativas a la expulsión que están actualmente en vigor son el resultado de dos tendencias opuestas: por una parte, la voluntad de controlar la entrada de extranjeros en el país y de luchar contra la inmigración clandestina, puesta de manifiesto en particular por las modificaciones introducidas por la Ley Bossi-Fini en el Texto único y, por otra parte, la necesidad de garantizar a los extranjeros, incluso a los que están en situación irregular, los derechos fundamentales enunciados en la Constitución. Esta exigencia llevó al legislador a reformar el Texto único en varias oportunidades a partir de 2002, después de que el Tribunal Constitucional, ante el cual se recurrió en todos los casos por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, declaró inconstitucionales algunos incisos.

307. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otros Estados, el juez interviene en la decisión administrativa de expulsión: esta decisión debe ser validada por un juez para poder ser ejecutada. Desde 2002, la conducción a la frontera con escolta policial constituye la regla en toda expulsión administrativa. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, llamado a intervenir por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, entendió que esta medida atentaba contra la libertad individual y debía, por ende, ser validada por un juez. Además, el Tribunal Constitucional negó que esa validación debiera hacerse conforme a un procedimiento escrito que requiriera un debate contradictorio en el cual el extranjero debiera estar asistido por un abogado. Desde 2004, es el juez de paz —un juez no profesional— del lugar donde se adoptó la decisión de expulsión el que valida las decisiones administrativas de expulsión. Las audiencias de validación se llevan a cabo dentro de las 48 horas siguientes a la adopción de la decisión de expulsión y se prohíbe la conducción a la frontera con escolta policial hasta tanto no se adopte la decisión de validación. Ésta puede ser impugnada mediante un recurso de casación, que no tiene efecto suspensivo.

308. La expulsión de los extranjeros que se hallan en situación irregular, ya sea porque entraron eludiendo los controles fronterizos o porque permanecieron después de que su permiso de estancia caducó o fue revocado, es una decisión administrativa adoptada por el prefecto. La decisión de expulsión debe estar motivada: los hechos que justifican la expulsión deben estar claramente expuestos. Una copia de la decisión de expulsión se entrega en mano propia al interesado por un agente de la fuerza pública. Si no es posible encontrar al extranjero, la decisión se notifica en su último domicilio conocido. Si el extranjero no comprende el italiano, la decisión debe ir acompañada de una «síntesis» redactada en un idioma que comprenda o, en su defecto, en inglés, francés o español. La jurisprudencia considera que esta traducción es parte integral de los derechos de la defensa. Estima que cuando la decisión de expulsión no está traducida al idioma del interesado, se debe indicar claramente el motivo por el cual se omitió la traducción; de lo contrario, la decisión de expulsión no surte efecto.

La jurisprudencia entiende que la traducción al inglés, francés o español sólo es admisible cuando la administración desconoce el país de origen del extranjero y, por ende, su lengua. Al mismo tiempo que se le comunica la decisión de expulsión, el extranjero es informado de sus derechos: asistencia de un abogado, eventualmente proporcionada por la asistencia jurídica, en todos los procedimientos judiciales vinculados a la expulsión, y posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de expulsión. De acuerdo con la Ley Napolitano-Turco, la decisión de expulsión comprendía, por una parte, la orden de abandonar el territorio en el plazo de 15 días y, por la otra, la de respetar determinadas reglas de viaje y de presentarse ante la policía de frontera. Sin embargo, en algunos casos la decisión de expulsión puede prever que el interesado sea acompañado hasta la frontera por la policía. Esta posibilidad estaba limitada a los casos en que el extranjero no había respetado una decisión de expulsión anterior y a los casos en que la administración sospechaba que eludiría el cumplimiento de la decisión de expulsión. En virtud de la Ley Bossi-Fini, la conducción a la frontera con escolta policial pasó a ser la regla. Solamente cuando la expulsión es motivada por la caducidad del permiso de estancia por más de 60 días, el extranjero recibe la orden de abandonar el territorio en un plazo de 15 días. No obstante, incluso en este caso, si la administración teme que el interesado eluda el cumplimiento de la decisión de expulsión, se puede prever la conducción a la frontera con escolta policial. La decisión de expulsión es inmediatamente ejecutoria, y su ejecución incumbe a la policía.

309. En términos generales, depende de las legislaciones nacionales que se pueda iniciar un procedimiento sumario o especial de devolución cuando el extranjero no tiene manifiestamente ninguna posibilidad de obtener un permiso de estancia⁶⁹¹ o cuando pueden existir motivos de expulsión por entrada ilegal⁶⁹² o cuando no se han respetado las condiciones de admisión⁶⁹³. También se puede aplicar un procedimiento especial cuando el extranjero no es nacional de un Estado vinculado al Estado de expulsión mediante un acuerdo o una relación especial⁶⁹⁴.

B. Caso de los extranjeros en situación ilegal que han residido durante un período prolongado en el territorio del Estado que los expulsa

310. Como ya se ha visto, algunas legislaciones hacen una distinción entre los extranjeros en situación ilegal desde una fecha reciente y los extranjeros que han estado en situación legal durante un período prolongado. Esta distinción puede traer aparejadas algunas diferencias en el procedimiento de expulsión. Los primeros están sujetos a un procedimiento sumario, mientras que los segundos lo están a un procedimiento que ofrece ciertas garantías para sus derechos, en particular la posibilidad de defender su caso ante una autoridad competente. Así, por ejemplo, los extranjeros

que entran clandestinamente en Alemania y que no son objeto de una medida de expulsión durante los primeros seis meses de su estancia en el país pueden ampararse en dicho procedimiento. Deben abandonar el territorio, y esta obligación nace sin necesidad de una orden escrita. Deben hacerlo lo antes posible, a menos que se les haya dado un plazo para abandonar el territorio⁶⁹⁵, y la ley fija en seis meses el plazo máximo dentro del cual un extranjero en situación irregular debe abandonar el territorio. Este plazo es fijado libremente por la administración a fin de que el interesado pueda preparar su partida y evitar la expulsión saliendo del país voluntariamente. Generalmente se considera que un plazo de un mes es suficiente. El procedimiento de expulsión *stricto sensu* sólo es aplicable si el extranjero que ha sido expulsado no puede abandonar el territorio por sus propios medios o si hay determinadas circunstancias que justifican que se vigile la partida del interesado. La duda en cuanto a la partida voluntaria del extranjero debe fundarse en elementos concretos, como el hecho de que el interesado no haya dado aviso de su partida a su locador. Además, la ley enumera las circunstancias que justifican la necesidad de vigilar la partida del extranjero. Ellas son, entre otras, la falta de medios económicos, la ausencia de documentos de identidad, la afirmación de la voluntad de permanecer en Alemania y el suministro de datos erróneos a la administración. El procedimiento de expulsión comienza con una advertencia que se comunica por escrito al extranjero. En esa advertencia se debe indicar el plazo dentro del cual el interesado debe abandonar el territorio. Ese plazo no es un plazo adicional. Corresponde al que se aplica a la obligación de abandonar el territorio. En la advertencia se debe mencionar también el país de destino y las consecuencias de la negativa a abandonar el territorio dentro del plazo fijado. La advertencia es un acto administrativo de pleno derecho. Como tal, puede ser objeto de un recurso administrativo previo, así como de un recurso de anulación ante el juez administrativo. No obstante, estos recursos no surten efecto en la expulsión propiamente dicha. Sólo pueden ser tenidos en cuenta si la propia advertencia vulnera los derechos del extranjero. La falta de advertencia determina la ilegalidad de la expulsión. Sin embargo, una parte de la jurisprudencia entiende que la formalidad de la advertencia no es necesaria cuando el extranjero entró sin autorización en el territorio de Alemania.

311. Se ha visto asimismo que en Dinamarca la decisión de expulsión debe tener en cuenta una serie de elementos, en particular el grado de integración del extranjero en la sociedad danesa y sus vínculos con personas que residen en Dinamarca, entre otros, y que España, Italia y el Reino Unido ofrecen importantes garantías procesales a los extranjeros que se hallan ilegalmente en su territorio. Sin embargo, en general son muy pocas las legislaciones que prevén la aplicación de las mismas normas de procedimiento a los inmigrantes ilegales, incluso a los que son residentes de larga data, y a los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado que los expulsa.

312. En los Estados Unidos, en cambio, en un precedente que tiene autoridad en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el caso *Harisiades c. Shaughnessy*,

⁶⁹¹ Suiza, Reglamento de 1949, art. 17, 1).

⁶⁹² Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 3: Si no se establece entre los Estados interesados, mediante un acuerdo internacional, un procedimiento especial de devolución del extranjero expulsado, éste puede ser entregado a las autoridades del Estado de expulsión, que procederán a expulsarlo. Nigeria, Ley de 1963, art. 25, 1) y 2).

⁶⁹³ Brasil, Decreto de 1981, art. 104, Ley de 1980, art. 70; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 13, párrs. 4 y 5, 5 *bis* y 5 *ter*, y Suecia, Ley de 1989, art. 4.6.

⁶⁹⁴ Francia, Código, art. L.531-3.

⁶⁹⁵ Es en particular el caso de los extranjeros a los que se les ha denegado o revocado un permiso de estancia. La decisión administrativa relativa al permiso de estancia impone la obligación de abandonar el territorio dentro de un plazo determinado.

la Corte Suprema entendió que los Estados Unidos tenían la potestad de expulsar a cualquier extranjero, con independencia del tiempo que hubiera permanecido en su territorio; que el ejercicio de esta potestad no violaba ni las garantías del debido proceso ni la libertad de palabra, y que la expulsión, motivada por la afiliación del interesado a una «organización subversiva» antes de la entrada en vigor de la ley, no constituía una medida retroactiva en el sentido en que lo prohibía la Constitución. Además, el extranjero sometido a un procedimiento «civil» no podía hacer valer las consecuencias, por otra parte de gran alcance, del fallo *Miranda*, en virtud del cual la Corte Suprema había entendido que las declaraciones formuladas por una persona detenida a la espera de juicio no podían ser usadas en su contra, dado que no había sido informada de su derecho a guardar silencio y a exigir la presencia de un abogado durante su interrogatorio⁶⁹⁶.

313. De todos modos, una distinción de este tipo y las consecuencias jurídicas que se le pueden eventualmente atribuir en el plano procesal incumben a la soberanía de cada Estado. La Corte Federal y de Casación de Venezuela se pronunció en igual sentido en 1941, al decidir lo siguiente:

Basándose el derecho de expulsión de extranjeros molestos, y el de inadmisión o expulsión de los inadmisibles, en el libre ejercicio que tiene el Estado de su soberanía, es natural que el Decreto y medidas de referencia sean intangibles de todo punto. [...] Como una forma venezolana, para solucionar el caso de posible error escapado en un decreto de expulsión en relación a la nacionalidad del expulsado, permite la Ley de extranjeros (art. 45) la alegación por éste de su condición de venezolano. Bien se ve que con semejante alegación no se hiere de ningún modo el derecho mismo de expulsión, manifestación categórica de la soberanía nacional. Ella es, en cierto modo, implícita confirmación de la indiscutibilidad en lo esencial del decreto de expulsión de extranjeros perniciosos⁶⁹⁷.

314. Cabe señalar simplemente que cuando se dicta una resolución de expulsión respecto de un inmigrante de segunda generación o de un inmigrante residente de larga data en situación irregular, se reabre el debate en torno a su carácter discriminatorio. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa participó de este debate tras conocerse un informe de la Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía. En ese informe, esa Comisión calificó de discriminatoria la expulsión decretada contra un inmigrante de larga data condenado penalmente, «porque el Estado no dispone de este medio para los nacionales que han cometido los mismos actos»⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 239.

⁶⁹⁷ Venezuela, Corte Federal y de Casación, caso *Frantiska Krupnova*, 27 de junio de 1941, *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, 1942, t. I, pág. 224; véase también *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, pág. 309.

⁶⁹⁸ Informe sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga data, documento 8986 (nota 99 *supra*), punto I-3.

315. Sea como fuere, a la luz de algunos de los casos expuestos precedentemente, la práctica de los Estados parece en este punto ser variada y estar determinada por las circunstancias nacionales propias de cada Estado, por lo que parece casi imposible extraer normas de procedimiento uniformes en materia de expulsión de los extranjeros que se hallan ilegalmente en el territorio del Estado que los expulsa, y por ende peligroso intentar cualquier codificación de esas normas. El Relator Especial piensa, por lo tanto, que así como las normas sobre las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros competen a la soberanía de cada Estado, lo que jurídica y políticamente corresponde es dejar en manos de la legislación de cada Estado el establecimiento de tales normas. En lo que respecta al procedimiento de expulsión de los extranjeros, la tarea de codificación, e incluso de desarrollo progresivo del derecho internacional, debería limitarse, en opinión del Relator Especial, a la formulación de normas establecidas de manera indiscutible en el derecho internacional y en la práctica internacional, o que se desprendan de una tendencia ampliamente dominante en la práctica de los Estados. Estas normas podrán constituir el derecho ordinario del procedimiento de expulsión de los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado, sin perjuicio de la libertad de todo Estado de aplicarlas también a la expulsión de los extranjeros que se hallan en situación irregular, en particular a los que han residido durante cierto tiempo en el territorio del Estado que los expulsa o que gozarían en el mismo de un estatuto particular.

316. Estas consideraciones explican que se proponga un proyecto de artículo específico destinado a determinar el ámbito de aplicación de las normas de procedimiento que surgirá de la presente parte del proyecto de artículos. Dicho proyecto de artículo dice lo siguiente:

Proyecto de artículo A1. Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento

1. Los proyectos de artículos de la presente parte se aplican en caso de expulsión de un extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio del Estado que lo expulsa.

2. Sin embargo, un Estado puede aplicarlos también a la expulsión de un extranjero que haya entrado ilegalmente en su territorio, en particular cuando dicho extranjero goza en él de un estatuto particular previsto en la ley, o cuando ha residido allí durante cierto tiempo.

CAPÍTULO IV

Normas de procedimiento aplicables a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado

A. Consideraciones de carácter general

317. El extranjero en vías de expulsión puede reclamar el beneficio de las garantías procesales previstas en las diversas convenciones relativas a los derechos humanos. Puede en particular alegar que sus derechos han sido vulnerados de diversas maneras, dando lugar a su expulsión

en el Estado de destino⁶⁹⁹. Es por lo tanto necesario que el extranjero disponga de vías de recurso tanto a nivel nacional como en el plano internacional. Por regla general, las

⁶⁹⁹ Sobre el conjunto de garantías tanto materiales como procesales, véase Puéchavy, «Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme».

reclamaciones pueden presentarse ante las autoridades administrativas o judiciales. Las opiniones vertidas por las instancias nacionales especializadas en el ámbito de la inmigración, aunque no se impongan a las autoridades competentes, pueden ser útiles para evitar una expulsión sumaria⁷⁰⁰. El recurso jurisdiccional está previsto en la mayoría de los Estados, pero «la eficacia del derecho de apelar depende en gran medida del carácter suspensivo de ese recurso»⁷⁰¹, el cual no es evidentemente sistemático en todos los Estados.

318. Se admite que la expulsión de un extranjero, en particular cuando se halla legalmente en el territorio del Estado que lo expulsa, debe ajustarse a condiciones de forma⁷⁰², dado que una expulsión, incluso fundada en una justa causa, puede estar viciada en cuanto a la forma en que se llevó a cabo. Las condiciones exigidas a los efectos de la expulsión legal de los extranjeros han evolucionado a lo largo de los siglos. Ellas surgen de la jurisprudencia internacional⁷⁰³ y de la práctica de los Estados, que han puesto límites generales que prohíben, por ejemplo, las arbitrariedades o el abuso de poder⁷⁰⁴.

319. En general, dado que el procedimiento de expulsión no es de carácter penal, las garantías de las que está revestido no están tan desarrolladas como en materia penal, ya que la expulsión no es, al menos en teoría, una sanción sino un acto del poder ejecutivo que adopta generalmente la forma de una orden por la que se intima al extranjero a abandonar el territorio⁷⁰⁵. En un estudio sobre la expulsión de los inmigrantes realizado por la Secretaría de las Naciones Unidas hace más de medio siglo se indicaba que en esa época existía una opinión contraria. Según ese estudio,

[s]e ha dicho que «la deportación es una sanción penal. La deportación implica primero el arresto, la privación de libertad para la persona en cuestión; luego, el alejamiento de su hogar, de su familia, de sus negocios y bienes... Toda persona sabe que una separación forzada del hogar, de la familia, de los amigos y de los negocios equivale a una sanción penal. Es, inclusive «una pena más severa que la pérdida de la libertad derivada de una reclusión de varios años»⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía del Consejo de Europa, documento 8986 (nota 100 *supra*), punto III-27.

⁷⁰¹ *Ibid.*, punto III-30.

⁷⁰² Véase Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 263; en el mismo sentido, Arnold, «Aliens», pág. 104; Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 89; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 940.

⁷⁰³ Véase Plender, *op. cit.*, pág. 459; Borchard, *op. cit.*, págs. 55 y 56 [citando en la nota 1 el caso *Casanova (U.S.) v. Spain*, 12 de febrero de 1871, Moore's Arb. 3353]; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 945.

⁷⁰⁴ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 201 a 209 y 227 a 239.

⁷⁰⁵ Véase Martin, *loc. cit.*, pág. 39; véase también Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, págs. 238 y 239, que expresa la misma opinión, fundándose en varios autores y en diversos casos de la jurisprudencia estadounidense, y cita *Yick Wo v. Hopkins* 118 U.S. 356 (1886); *Kaoru Yamataya c. Fisher* 189 U.S. 86 (1903) (caso del inmigrante japonés), *Ludeck v. Watkins* 335 U.S. 160 (1948) y *Netz v. Ede* [1946] Ch. 224; *R. c. Bottrill*, ex parte *Küchenmeister* [1947] 1 K.B. 41. Véase también, por ejemplo, *Muller* (nota 61 *supra*); *Bugajewitz c. Adams* 228 U.S. 589 (1913) [citado por Goodwin-Gill en *ibid.*], y los elementos aportados por el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*).

⁷⁰⁶ Naciones Unidas, Estudio sobre la expulsión de los inmigrantes (ST/SOA.22, marzo de 1955) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1955.IV.6), párr. 45 (donde se cita, respectivamente, al magistrado Brewer en el caso *Fong Yue Ting c. Estados Unidos*

320. Sin embargo, en el mismo estudio se señalaba que

El criterio de que la expulsión, más que una sanción de carácter penal, constituye una medida de policía administrativa inspirada en el interés del Estado ha motivado que en muchos países se fijaran procedimientos diversos sobre esta materia⁷⁰⁷.

En 1930, Blondel afirmaba, basándose en las normas de derecho internacional público europeo y estadounidense, que

[l]a expulsión es siempre una medida administrativa o gubernamental; de ella surge que la expulsión [...] es una medida de policía que se deja a criterio del poder ejecutivo o de las autoridades administrativas y que no es en absoluto una pena, ni siquiera cuando [es pronunciada a continuación de una condena]⁷⁰⁸.

En todo caso, la asimilación de la expulsión a un castigo ya no es pertinente en la actualidad y, en términos generales, las legislaciones nacionales evitan aplicar a la expulsión, por simple transposición, los principios del derecho penal, ya se trate del derecho sustantivo o del derecho procesal. Así, por ejemplo, el principio angular de la irretroactividad de la ley penal no se encuentra en las legislaciones relativas a la inmigración y la expulsión de los extranjeros en la mayoría de los países. En lo que se refiere a las garantías procesales, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se limita a exigir el respeto del procedimiento establecido por la ley y la posibilidad de que el extranjero interesado exponga «las razones que lo asistan en contra de su expulsión» y prevé simplemente que se le debe permitir «someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin»⁷⁰⁹. Se ha propuesto la idea de que los Estados conserven una potestad discrecional en lo que respecta a las garantías procesales pertinentes⁷¹⁰. Este punto de vista no ha dejado de suscitar críticas. Según un autor que ha dedicado importantes estudios a los aspectos jurídicos de las migraciones internacionales, «es al mismo tiempo desaconsejable e inútil imitar a algunas jurisdicciones nacionales que tienden a clasificar la expulsión en una categoría diferente a la de las 'penas' y a deducir de ello ciertas consecuencias, como la ausencia del derecho a recurrir»⁷¹¹.

321. Los requisitos de forma a los que debe ajustarse la expulsión de los extranjeros fueron analizados en el

(U.S.698/1893), opinión disidente, y al magistrado Rutledge, en el caso *Knauer c. Estados Unidos* (14 U.S. Law Week 4450/1946), opinión disidente).

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ Blondel, «Expulsion», pág. 109.

⁷⁰⁹ Véase Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 945 y nota 2 (citando *Artukovic v. Immigration and Naturalization Service* (1982), ILR, vol. 79, págs. 378 y 381). Pero Goodwin-Gill demostró que, de acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, las disposiciones con efecto retroactivo de las leyes sobre la expulsión no pueden volverlas inconstitucionales (*International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 239 [citando a *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Mandel v. Mitchell*, 325 F. Supp. 620 (1971) rechazado; *sub nom. Kleindienst v. Mitchell*, 408 U.S. 753 (1972); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Pang v. INS*, 368 F.2d 637 (1966); *Lavoie v. INS*, 418 F.2d 732 (1969), cert. den. 400 U.S. 854 (1970); *Valeros v. INS*, 387 F.2d 921 (1967); y *Kung v. District Director*, 356 F. Supp. 571 (1973)].

⁷¹⁰ Véase Martin, *loc. cit.*, pág. 39; Oda, *loc. cit.*, págs. 482 y 483.

⁷¹¹ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, págs. 257 y 258, nota 3.

Estudio sobre la expulsión de los inmigrantes, ya mencionado. En dicho Estudio se señala que

[d]ebido al carácter que por ese criterio se atribuye a la medida de expulsión, asimilándosela a una acción administrativa corriente, en muchos países las disposiciones legales vigentes en la materia no disponen nada sobre el procedimiento que se debe seguir con motivo de una orden de expulsión o para la aplicación de ella; o bien, se limitan a indicaciones de carácter muy general orientadas más bien a asegurar la eficacia del sistema administrativo de expulsión, que a proteger a las personas afectadas⁷¹².

De acuerdo con el Estudio,

Además del proyecto de restringir, por convenios internacionales, los poderes discrecionales de los Estados en materia de expulsión de extranjeros [...], y de los casos previstos en el régimen legal de diversos países en que se admite la expulsión [...], se ha sugerido establecer una estrecha relación entre los procedimientos de expulsión y las autoridades judiciales y reconocer a las personas en cuestión todas las garantías vigentes en los juicios de carácter criminal. Se ha sostenido que la competencia judicial en esta materia contribuiría a que se atendiesen las circunstancias personales de cada caso y a que, por lo tanto, se evitase el riesgo de lesionar intereses legítimos de las personas de que se trata. Esta reforma se justificaría especialmente en aquellos casos en que la acción de la persona afectada que se señala como causa de la expulsión constituye un delito previsto por el código penal, así como en aquellos en que la apreciación de los hechos que se toman como causa debe más bien depender de un tribunal, en vez de quedar a la discreción de un órgano administrativo⁷¹³.

322. El estudio concluye que

[a] raíz de estas sugerencias se adoptaron en algunos países normas procesales que establecen garantías para las personas a punto de ser expulsadas, garantías que se hacen efectivas mediante una fiscalización de los poderes discrecionales de los organismos administrativos, y mediante un procedimiento en que los méritos de la causa son considerados por las autoridades judiciales o semijudiciales, sea antes de dictarse la orden de expulsión o cuando se interpone contra ésta un recurso⁷¹⁴.

323. Sin embargo, la evolución en la materia dista mucho de haber concluido en numerosos aspectos, ya que las distintas legislaciones nacionales no otorgan al extranjero en vías de expulsión el mismo grado de protección y garantías procesales. Por lo tanto, no se puede afirmar la existencia de normas de derecho consuetudinario internacional en la materia, sino apenas tendencias dominantes que surgen del análisis comparado de las prácticas de los Estados.

324. Cabe señalar que si bien estas prácticas nacionales ya eran muy dispares y se basaban en legislaciones muy poco desarrolladas y a menudo contradictorias a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos durante el siglo XX ha avanzado a la par de la imposición de requisitos procesales más estrictos para la expulsión legal de los extranjeros. Como se ha subrayado,

[e]n muchos países, la potestad de expulsión está reglamentada por la ley, que enumera las razones que pueden justificar su ejercicio y las garantías procesales que es preciso respetar. Estas leyes suelen recoger los principios generalmente reconocidos del derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, por lo general se prevé que nadie puede ser expulsado si no es por motivos razonables y en aplicación de una orden escrita, dictada conforme a la ley y debidamente fundada, que debe ser notificada a la persona cuya expulsión se ha decidido, a quien se le debe dar la posibilidad razonable de impugnar la legalidad o la validez de esa orden en el marco de un procedimiento ordinario ante un tribunal. Se considera que el hecho de que la orden de expulsión deba dictarse por escrito y con arreglo a la ley apunta a proteger al extranjero del ejercicio arbitrario del poder⁷¹⁵.

El derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional han mostrado interés por los principios más importantes, mientras que las legislaciones nacionales definen generalmente las normas de procedimiento más específicas. Las legislaciones de algunos Estados consagran, a los efectos del procedimiento de expulsión, garantías procesales aún mayores, comparables a las que se aplican en el ámbito penal. Según algunos autores,

numerosos Estados van bastante más allá de la protección del artículo 13 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], al permitir por ejemplo que los extranjeros sujetos a una orden de expulsión tengan acceso a una instancia judicial independiente de la autoridad que tomó la decisión inicial, de hacerse representar por un asesor, presentar elementos de prueba a su favor y examinar los que se hayan presentado en su contra⁷¹⁶.

Más concretamente, «la mayoría de las naciones más desarrolladas aplican procedimientos mucho más generosos que los que prevén estas normas mínimas»⁷¹⁷.

325. No cabe duda de que podrían inferirse de las leyes nacionales, por otra parte muy diversas, principios generales relacionados con las garantías procesales necesarias. La cuestión radica en saber en qué medida las garantías enunciadas en los instrumentos internacionales en materia penal pueden aplicarse *mutatis mutandis* al caso de la expulsión.

B. Naturaleza del procedimiento

326. En los diversos Estados, el procedimiento de expulsión puede ser de índole administrativa o contenciosa, y a veces los dos tipos de procedimiento están combinados. Algunos autores no comparten esta distinción entre expulsión administrativa y expulsión judicial considerada como una sanción penal, por el hecho de que ambas entrañan las mismas consecuencias para la persona expulsada⁷¹⁸. A decir verdad, las legislaciones nacionales en la materia difieren considerablemente unas de otras. En algunos Estados, la expulsión puede ser incluso la culminación de procedimientos diferentes según la índole de la expulsión considerada (por ejemplo, política, condena penal o sanción administrativa)⁷¹⁹. El Estado puede

⁷¹⁵ Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 91.

⁷¹⁶ Aleinikoff, «International Legal Norms and Migration. A Report», pág. 19.

⁷¹⁷ Martin, *loc. cit.*, pág. 39.

⁷¹⁸ Véase Guerrive, «'Double peine' et police des étrangers», pág. 829; y Rolin, «La double peine, une punition de la nationalité», pág. 210.

⁷¹⁹ En Suiza, por ejemplo, antes del 1.º de enero de 2007 (fecha en la que se abolió la expulsión como pena accesoria impuesta por el juez penal), existían tres procedimientos diferentes que regían la expulsión de un extranjero, que correspondían a tres tipos de expulsión diferentes, a saber: 1) la expulsión política (Constitución Federal, art. 121, párr. 2); 2) la expulsión administrativa (Ley federal de 1931, arts. 10 y 11), y 3) la expulsión penal (judicial) (Código Penal, antiguo art. 55, y Código Penal Militar, antiguo art. 40).

⁷¹² Estudio sobre la expulsión de los inmigrantes (nota 705 *supra*), párr. 45.

⁷¹³ *Ibid.*, párr. 46.

⁷¹⁴ *Ibid.*, párr. 47.

reservar a un órgano del poder ejecutivo el derecho a decidir una expulsión o a anular una orden de expulsión⁷²⁰, o prever los casos en que bastará dictar una decisión administrativa y no judicial para expulsar a un extranjero⁷²¹. El Estado puede autorizar expresamente a uno de sus órganos a ordenar una expulsión⁷²². El Estado puede establecer los casos en que una sentencia o un decreto es necesario o suficiente para proceder a una expulsión⁷²³, o los casos en que los asuntos de expulsión pueden ser juzgados con carácter prioritario⁷²⁴.

327. En muchos Estados, las autoridades administrativas son las primeras que intervienen en materia de expulsión. En efecto, lo más frecuente es que el procedimiento de expulsión se ponga en marcha a partir de una resolución adoptada por la autoridad administrativa del lugar de residencia del extranjero. Si bien la expulsión no se considera una sanción penal que requiera un procedimiento contencioso, está totalmente sometida a la apreciación de dicha autoridad, cuya potestad discrecional puede caer rápidamente en la arbitrariedad.

328. Salvo en el caso de los Estados europeos ya examinados en el contexto de la expulsión de los extranjeros en situación ilegal, se pueden añadir, siempre a título ilustrativo, los casos siguientes:

— En el Camerún, el artículo 63 del Decreto n.º 2000/286, del 12 de octubre 200, que detalla las condiciones de entrada, estancia y salida de los extranjeros, establece que «[l]a expulsión es ordenada por un decreto del Primer Ministro, jefe de Gobierno».

— En el Líbano, el artículo 17 de la Ley que reglamenta la entrada y la estancia de extranjeros así como su salida del país, en vigor desde el 10 de julio de 1962, establece que: «La expulsión de un extranjero del Líbano se dispondrá por decisión del Director General de Seguridad, cuando la presencia del extranjero se considere una amenaza para la seguridad pública. El Director General de Seguridad deberá remitir inmediatamente al Ministro del Interior una copia de su decisión. La expulsión se llevará a cabo, ya sea notificando a la persona interesada la orden de abandonar el Líbano dentro del plazo fijado por el Director General de Seguridad, o bien disponiendo que las Fuerzas de Seguridad Interna conduzcan a la persona expulsada a la frontera».

⁷²⁰ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 28, 1 y 2; Brasil, Ley de 1980, art. 65; Francia, Código, art. L.522-2; Madagascar, Decreto de 1994, art. 37, Ley de 1962, arts. 14 y 16; Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 85 y 86; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 119.

⁷²¹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 21, 1) y 28, 1); España, Ley de 2000, art. 23, 3, B) y c); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 235, c), 1), 238, a), 1), c), 2), C), 4) y 240; Nigeria, Ley de 1963, art. 25; Paraguay, Ley de 1996, art. 84; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 109; Suecia, Ley de 1989, art. 4,4 y 5.

⁷²² China, disposiciones de 2003, art. 187.

⁷²³ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 27, 2) y 47, 2); Canadá, Ley de 2001, art. 77, 1); China, disposiciones de 2003, art. 183; España, Ley de 2000, art. 23, 3, a) y 57, 7); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 238, c), 1), 2), C), 4), 279, 502 y 503, c); Italia, Decreto ley de 1998, art. 16, 6); Nigeria, Ley de 1963, art. 19, 1), 44 y 48, 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 38 y 84; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 102, 109 y 126, 1); Suecia, Ley de 1989, arts. 4,8 y 9.

⁷²⁴ Nigeria, Ley de 1963, art. 43, 1).

329. El Estado puede iniciar un procedimiento de expulsión como consecuencia de la comprobación de ciertos hechos o de la intervención de un funcionario⁷²⁵, de una orden de arresto internacional⁷²⁶, de una sentencia judicial definitiva y ejecutoria⁷²⁷ o de alguna información pertinente que haya llegado a conocimiento de las autoridades del Estado⁷²⁸. La legislación en la materia puede especificar la forma, el tenor de la demanda u otro pedido formal de expulsión de un extranjero, y la manera en que debe presentarse⁷²⁹. El Estado puede combinar expresamente la expulsión del extranjero con la anulación de su visa u otro permiso⁷³⁰.

C. Garantías de procedimiento

330. Se prevén garantías procesales para el caso de expulsión de extranjeros en situación regular y su alcance varía de un ordenamiento jurídico a otro. Estas garantías están previstas tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, y también en las legislaciones nacionales. En términos generales, puede haber diferencias entre las garantías procesales consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales y las previstas en las legislaciones nacionales, que tampoco son uniformes en la materia. El derecho comunitario europeo reviste en este aspecto, así como en muchos otros, determinadas particularidades, por lo que merece ser objeto de un examen separado.

1. GARANTÍAS PROCESALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO

a) *Conformidad con la ley*

331. La exigencia de que toda medida de expulsión se adopte de conformidad con la ley es, ante todo, un principio lógico desde el momento en que se admite que la expulsión se ejerce bajo el imperio del derecho. En efecto, como señaló el Relator Especial en su informe preliminar,

es una norma lógica que si todo Estado tiene derecho a regular las condiciones de inmigración en su territorio sin atentar por ello contra ninguna norma del derecho internacional, tiene igualmente la obligación de respetar las normas que ha promulgado o ha suscrito en [la] materia⁷³¹.

i) *Consagración en el sistema universal de protección de los derechos humanos*

332. En un plano más general, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

⁷²⁵ Australia, Ley de 1958, art. 203, 2), 4) a 7); Nigeria, Ley de 1963, art. 19, 3); República de Corea, Ley de 1992, arts. 58 y 67.

⁷²⁶ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 27, 2) y 47, 2).

⁷²⁷ *Ibíd.*

⁷²⁸ *Ibíd.*

⁷²⁹ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 3, Ley de 1998, art. 15; Brasil, Decreto de 1981, art. 101; Camerún, Decreto de 2000, art. 62, 1); Canadá, Ley de 2001, art. 44, 1) y 77, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, c), 2), A) y B), 503, a), 1) y 2); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 62 y 65; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 111, 2).

⁷³⁰ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 5, Ley de 1998, art. 15; Brasil, Decreto de 1981, art. 85 (II), Ley de 1980, art. 48 (II); España, Ley de 2000, art. 57, 4); Paraguay, Ley de 1996, art. 39.

⁷³¹ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 215, párr. 23.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

De la misma manera, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto obligar a un extranjero a salir del territorio de un Estado, ya sea que dicha salida «se describa [...] en el derecho nacional como expulsión o de otra forma»⁷³². En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece en el artículo 22, párr. 2:

Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

333. En el ámbito más específico del derecho de los refugiados, el artículo 32, párr. 2, de la Convención sobre el estatuto de los refugiados establece que la expulsión de un refugiado que se halle legalmente en el territorio de un Estado contratante

únicamente se efectuará [...] en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpativas, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

El artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas reitera íntegramente esta disposición para el caso de los apátridas.

334. En 1977, una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista en potencia fue expulsada del territorio de Suecia hacia su país de origen. Ella adujo en ese momento que la decisión de expulsión no se había adoptado «conforme a la ley» y que por ende no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos consideró a este respecto que la interpretación del derecho nacional era una cuestión que incumbía a la competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado Parte interesado, y que el Comité no era competente para

evaluar si las autoridades competentes del Estado Parte de que se trata habían interpretado y aplicado la ley nacional correctamente en el caso de que se ocupa el Comité [...], a menos que se determine que las autoridades competentes no han interpretado o aplicado la ley de buena fe y resulte evidente que había habido abuso de poder⁷³³.

⁷³² A/41/40 (véase la nota 601 *supra*), anexo VI, párr. 9.

⁷³³ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales del trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, anexo XVII, *Anna Maroufidou c. Suecia*, comunicación n.º 58/1979, párr. 10.1.

ii) Consagración en los instrumentos regionales

335. A nivel regional, diversos instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones relacionadas con el procedimiento de expulsión que también exigen el respeto de un procedimiento conforme a la ley. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece, en su artículo 12, párr. 4, que:

El extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado parte en presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.

La Convención americana sobre derechos humanos establece la misma exigencia en su artículo 22, párr. 6, al disponer:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

De acuerdo con el Pacto de San José de Costa Rica, el interesado puede impugnar la medida de expulsión dictada en su contra ante una jurisdicción competente si dicha medida no fue adoptada conforme a la ley. Según el artículo 25, párr. 1:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

En Europa, el Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en vigor a partir del 1.º de noviembre de 1988⁷³⁴, dispone en el artículo 1, párr. 1:

Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley.

336. Surge de todo lo expuesto que la primera garantía otorgada a los extranjeros sujetos a expulsión es que la medida de expulsión debe ejecutarse de conformidad con la ley. A este respecto, el Consejo de Europa aclara que la medida de expulsión debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones del derecho material y las normas de procedimiento aplicables⁷³⁵.

⁷³⁴ Algunos Estados firmaron el Protocolo n.º 7 pero no lo han ratificado. Es el caso de Alemania, Bélgica, los Países Bajos y Turquía. El Reino Unido no ha firmado este protocolo. Ningún Estado europeo lo ha ratificado aún. Suecia ha declarado al respecto que «un extranjero que esté habilitado para recurrir una decisión de expulsión, puede, conforme al artículo 70 de la Ley sueca sobre los extranjeros (1980/376), hacer una declaración (de aceptación) por la cual renuncia a su derecho de apelar la decisión. La declaración de aceptación es irrevocable. Si el extranjero apela antes de hacer la declaración, se considerará que su recurso ha caducado como consecuencia de la declaración» (declaración hecha por Suecia en el momento de depositar el instrumento de ratificación, el 8 de noviembre de 1985). Bélgica y la República de San Marino también formularon una declaración relativa al artículo 1 del Protocolo n.º 7. Por su parte, Suiza formuló la siguiente reserva: «Cuando la expulsión se produce después de la adopción por el Consejo Federal de una decisión fundada en el artículo 70 de la Constitución en virtud de una amenaza contra la seguridad interna o externa de Suiza, la persona interesada no gozará de los derechos mencionados en el primer párrafo, incluso después de la ejecución de la expulsión» (reserva formulada por Suiza en el momento de la ratificación, el 24 de febrero de 1988).

⁷³⁵ Informe explicativo del Protocolo n.º 7 (nota 672 *supra*), párr. 11.

iii) *Consagración en las legislaciones nacionales*

337. Las legislaciones de los distintos Estados son bastante coincidentes en cuanto a la exigencia mínima de que el procedimiento de expulsión se ajuste a la ley o a las disposiciones legales. Por ejemplo, la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa establece expresamente en el párrafo 5 del artículo 14 que «[u]n extranjero sólo puede ser expulsado en los casos previstos por la ley». La Constitución de Hungría prevé en el párrafo 2 de su artículo 58 que «[l]os extranjeros que residen legalmente en el territorio de la República de Hungría sólo pueden ser expulsados en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley». El párrafo 5 del artículo 23 de la Constitución de Eslovaquia dispone que «[u]n extranjero sólo puede ser expulsado en los casos establecidos por la ley». El artículo 9, cuarto párrafo, de la Constitución de Finlandia dispone a su vez que «[e]l derecho de los extranjeros de entrar y permanecer en Finlandia está reglamentado por la ley».

338. Este requisito de conformidad con la ley da origen en el plano nacional a un principio general subyacente en el Estado de derecho, según el cual el Estado está obligado a respetar las normas que él mismo ha dictado: *patere legem regulam quam ipse fecisti*. Esta norma va de la mano del principio *pacta sunt servanda*, que se aplica tanto en el derecho contractual interno como en el derecho convencional internacional, así como a los actos unilaterales que se ajustan a la norma del *acta sunt servanda*.

339. En el contexto de la expulsión de los extranjeros, la obligación de conformidad con la ley se funda en la exigencia implícita de que las normas de procedimiento internas en materia de expulsión estén de acuerdo con las normas y reglamentos internacionales en la materia. El Estado no tiene, pues, la libertad de dictar normas de procedimiento que sean contrarias a estas últimas. En virtud de una norma general en materia de derechos humanos, el Estado sólo puede en principio derogarlas con normas que otorguen una mayor protección a los derechos del extranjero en vías de expulsión.

340. El análisis precedente demuestra que el requisito de conformidad con la ley está firmemente establecido tanto en el derecho convencional universal y regional como en las legislaciones de numerosos Estados. A la luz de estas consideraciones, cabe proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo B1.
Obligación de conformidad con la ley

El extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

341. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Convención americana sobre derechos humanos no prevén otras garantías procesales además de esta exigencia de conformidad con la ley. Sin embargo, los instrumentos de las Naciones Unidas y el Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales enumeran garantías suplementarias:

— La primera garantía para el extranjero sujeto a una medida de expulsión consiste, como ya se vio, en la posibilidad de «exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión»⁷³⁶ o de «presentar pruebas exculpativas»⁷³⁷. A este respecto, el Consejo de Europa ha indicado que el extranjero podría ejercer esta garantía antes de la segunda garantía⁷³⁸.

— La segunda garantía consiste en el derecho de hacer que «se examine su caso»⁷³⁹ o de «formular recurso de apelación»⁷⁴⁰. El Consejo de Europa aclara que el procedimiento no debe necesariamente llevarse a cabo «en dos etapas ante autoridades diferentes»⁷⁴¹.

— La tercera garantía es el derecho de la persona en vías de expulsión a un asesor. Esa garantía consiste en la posibilidad de que el extranjero en cuestión se haga representar ante la autoridad nacional competente o ante una o más personas designadas por esa autoridad. Esta última puede ser administrativa o judicial y no tiene que ser necesariamente la que decide en última instancia⁷⁴².

342. *El Manual de Procedimientos y Criterios* del ACNUR contiene asimismo un conjunto de garantías de carácter procesal⁷⁴³. El ACNUR sugiere en ese manual que los solicitantes de asilo deberían poder permanecer en el territorio del Estado de acogida hasta que la instancia nacional que entiende en su caso se pronuncie sobre los recursos presentados por ellos. Además, señala que «[c]omo la cuestión no está expresamente reglamentada en la Convención de 1951, los procedimientos adoptados por los Estados Partes [...] varían considerablemente»⁷⁴⁴. En consecuencia, dichos procedimientos deberían respetar ciertos «requisitos básicos», de manera que el solicitante de asilo cuya solicitud ha sido denegada pueda contar con «un plazo razonable para apelar» la decisión, así como con la posibilidad de «permanecer en el país mientras esté pendiente una apelación a una instancia administrativa superior o judicial superior»⁷⁴⁵.

343. Las diversas garantías enumeradas anteriormente no son, por otra parte, las únicas que es posible prever. Hay otros derechos procesales —por lo demás no exhaustivos— de que gozan los extranjeros comprendidos en una decisión de expulsión, que surgen de la propuesta

⁷³⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13), o «exponer las razones que se opongan a su expulsión», Protocolo n.º 7 (art. 1, párr. 1, apdo. a).

⁷³⁷ Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 32, párr. 2), o «pruebas en su descargo», Convención sobre el estatuto de los apátridas (art. 31, párr. 2).

⁷³⁸ Informe explicativo del Protocolo n.º 7 (nota 672 *supra*).

⁷³⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13), o «que su caso sea examinado», Protocolo n.º 7 (art. 1, párr. 1, apdo. b).

⁷⁴⁰ Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 32, párr. 2), o «interponer recursos», Convención sobre el estatuto de los apátridas (art. 31, párr. 2).

⁷⁴¹ Informe explicativo del Protocolo n.º 7 (nota 672 *supra*), párr. 13.2.

⁷⁴² *Ibid.*, párr. 13.3.

⁷⁴³ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1992. Sus disposiciones no son vinculantes.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, párr. 191.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, párr. 192.

formulada a los Estados miembros en 2001 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁷⁴⁶. En esa propuesta se invitaba a dichos Estados a aprobar una legislación que otorgara a los inmigrantes de larga data amenazados de expulsión la posibilidad de acceder a ciertas garantías procesales.⁷⁴⁷ Esas garantías eran: el derecho a un juez, el derecho a un juicio contradictorio, el derecho a la asistencia de un abogado y el derecho a interponer un recurso suspensivo de apelación, debido a las consecuencias irreversibles de la ejecución de la orden de expulsión. El Comité de Ministros, apoyando esa recomendación, sugirió incluso que se les reconociera el derecho a ser oídos, así como el derecho a obtener una decisión fundada, yendo así más allá de las exigencias del artículo 1 del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷⁴⁸. Es verdad que estas garantías están previstas en el marco de la ciudadanía europea en proceso de gestación, pero pueden inspirar normas de alcance más universal.

344. El extranjero respecto del cual se ha adoptado una decisión de expulsión debe poder ejercer sus derechos antes de que se aplique esa decisión.

b) *El derecho a ser informado del procedimiento de expulsión*

345. En el informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 9 de septiembre de 1985⁷⁴⁹ se indicaba que:

26. La medida de expulsar del territorio nacional ha sido aplicada en virtud de los mecanismos legales establecidos para ello, es decir, el Decreto ley n.º 604 de 1974 y, posteriormente, la 24.ª disposición transitoria de la Constitución.

27. En muchos casos, la persona afectada normalmente no ha sabido que ha sido sometida a esa condena, al no haber habido juicios previos en contra de ella en los cuales se hayan formulado cargos concretos y donde el afectado haya podido ejercer su derecho de defensa.

28. Por lo general, el conocimiento de la expulsión se ha materializado sólo cuando el expulsado ha sido trasladado al aeropuerto o a la frontera por vía terrestre. Su familia, por su parte, ha tratado por todos los medios de tener alguna información sobre su suerte y de hacerle llegar algún dinero, documentos, u objetos personales necesarios antes de que la medida de expulsión se haya concretizado, pero generalmente no lo ha logrado.

29. Por lo general, las personas afectadas han estado vinculadas a organismos de defensa y promoción de derechos humanos o han sido importantes dirigentes políticos o sindicales, a quienes se les ha acusado de poner en peligro la seguridad del Estado⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Véase la nota 100 *supra*.

⁷⁴⁷ Recomendación 1504 (2001) de 14 de marzo de 2001 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la no expulsión de los inmigrantes de larga duración.

⁷⁴⁸ Véase la respuesta de 4 de diciembre de 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a la Recomendación 1504 (2001) de 14 de marzo de 2001 de la Asamblea Parlamentaria, adoptada en la 820.ª Reunión de los delegados de los Ministros, documento 9633, 6 de diciembre de 2002, y, en anexo, la opinión del Comité Directivo sobre Derechos Humanos acerca de la Recomendación 1504 (2001), adoptada durante su 54.ª reunión, 1.º a 4 de octubre de 2002, punto 13.

⁷⁴⁹ OEA/Ser.L/V/II.66, documento 17, 9 de septiembre de 1985, cap. VI.

⁷⁵⁰ Este informe se basa en ejemplos de causas para demostrar la veracidad de la afirmación según la cual los extranjeros expulsados de Chile no son informados de la decisión adoptada en su contra.

Se trata en todos los casos de medidas de expulsión que no solamente se adoptan en contravención de las normas relativas a la protección de los derechos humanos, sino que también se ejecutan de esa manera.

346. Como ya se vio más arriba, el derecho internacional, y también el derecho comunitario europeo, exigen que la expulsión se ordene por motivos fundados. Por lo tanto, no se volverá a demostrar aquí la existencia de esa obligación en el derecho internacional.

347. En cuanto al derecho del extranjero respecto del cual se ha adoptado una decisión de expulsión a ser informado de dicha medida, el derecho convencional exige que se le comuniquen los motivos de la decisión de expulsión o las vías de recurso posibles. A este respecto cabe recordar, por una parte, las disposiciones muy explícitas de la Convención americana sobre derechos humanos, que establece en el párrafo 4 de su artículo 7:

Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Por otra parte, en el derecho comunitario europeo en particular, una decisión de detención adoptada mientras se está llevando a cabo un procedimiento de expulsión se considerará nula y sin valor si, al momento de la notificación, la persona interesada no es informada, por escrito y en un idioma que comprenda, de sus derechos, modalidades de recursos y medios para obtener asesoramiento y representación jurídicos gratuitos⁷⁵¹.

348. La notificación responde a la obligación de respetar los derechos de la defensa. El párrafo 3 del artículo 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que la decisión de expulsión «les será comunicada en un idioma que puedan entender». El párrafo 2 del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos estipula, por su parte, que

[t]oda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

Estas disposiciones tienen por objeto permitir a la persona privada de su libertad defenderse con conocimiento de causa. Su derecho a recurrir será ineficaz «si no se le notifica, en el plazo más breve posible, y en un grado suficiente, las circunstancias de hecho y las normas jurídicas invocadas para privarla de su libertad»⁷⁵². Esta defensa sólo puede ser eficaz si la notificación está redactada en un idioma que el extranjero a que se refiere la medida de expulsión comprenda. De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta disposición «obliga a señalarle a esa persona, en un lenguaje sencillo y accesible para ella, las razones jurídicas y de hecho de su privación de libertad, para que pueda discutir su legalidad ante un tribunal en virtud del párrafo 4»⁷⁵³.

⁷⁵¹ Recomendación 1624 (2003) de 30 de septiembre de 2003 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una política común en materia de inmigración y asilo.

⁷⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *X c. Royaume-Uni*, sentencia de 5 de noviembre de 1981, demanda n.º 7215/75, *série A n.º 46*, párr. 66.

⁷⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Čonka c. Belgique* (nota 602 *supra*), párr. 50.

349. En el plano doctrinal, desde 1892 el Instituto de Derecho Internacional ha considerado que «[e]l acto que ordena la expulsión deber ser notificado al expulsado»⁷⁵⁴ y, además, que «[s]i el expulsado tiene la facultad de recurrir a un tribunal judicial o administrativo superior, debe ser informado, en el mismo acto, de esa circunstancia y del plazo del que dispondrá»⁷⁵⁵.

350. La obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero interesado también está establecida en la legislación de varios Estados⁷⁵⁶. En general, la notificación adopta la forma de una decisión escrita⁷⁵⁷. Según las legislaciones, ella indica la forma de expulsión⁷⁵⁸, el Estado de destino⁷⁵⁹, el Estado al que el extranjero protegido no puede ser enviado⁷⁶⁰ o el plazo de expulsión⁷⁶¹.

351. Cabe señalar que mientras los instrumentos internacionales no hacen ninguna distinción en cuanto a la exigencia de la notificación, las legislaciones nacionales varían según si el extranjero está en situación regular o si entró ilegalmente en el territorio del Estado; si entró en fecha reciente o si ha residido ilegalmente en ese Estado durante un cierto tiempo. Según un autor, una parte de la jurisprudencia consagra el derecho del extranjero, aunque esté en situación irregular, a ser informado de los motivos de su expulsión⁷⁶².

352. La información sobre la medida de expulsión se extiende también a la información sobre el motivo de la expulsión. En el caso *Amnesty International c. Zambie*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entendió que Zambia había violado el derecho del interesado a recibir la información, por cuanto no se le habían comunicado los motivos de la expulsión. En efecto, según la Comisión, «[e]l hecho de que ni Banda ni Chinula hayan sido informados de las razones de la medida adoptada contra ellos es una denegación del derecho a recibir información [art. 9 (1)]»⁷⁶³.

⁷⁵⁴ «Règles internationales...», art. 30.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, art. 31.

⁷⁵⁶ Francia, Código, arts. L512-3, L514-1, 1); Guatemala, Decreto ley de 1986, art. 129; Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 11; Japón, Ordenanza de 1951, art. 48, 8); República de Corea, Ley de 1992, arts. 59, 1) y 60, 4); véanse también las leyes pertinentes de Bélgica, Italia y el Reino Unido. En algunos casos, la obligación de notificación se refiere concretamente a la decisión de no expulsar [República de Corea, Ley de 1992, arts. 59, 1) y 60, 4)].

⁷⁵⁷ «En muchos países, la potestad de expulsión se rige por un reglamento que detalla los motivos por los cuales se puede ejercer y las garantías procesales que es preciso respetar. En general, estos reglamentos aplican los principios generalmente reconocidos de los derechos humanos internacionales. Normalmente establecen que nadie puede ser expulsado del territorio de un Estado sin [...] una resolución escrita en debida forma, comunicada al expulsado y que indique los motivos de la expulsión. [...] Estas exigencias apuntan a proteger al interesado contra cualquier abuso de poder [véase *Governing Rule 4*]» (Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 91).

⁷⁵⁸ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 62, 3).

⁷⁵⁹ *Ibid.*, art. 64, 2).

⁷⁶⁰ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 114, 1), *d*).

⁷⁶¹ Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 11.

⁷⁶² «No obstante, algunos estiman que, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, la decisión de expulsar a un extranjero en situación irregular es arbitraria si éste no es informado de las acusaciones formuladas en su contra» (Plender, *op. cit.*, pág. 472).

⁷⁶³ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Douzième rapport annuel d'activités 1998-1999*, párr. 33 *in fine*.

353. En lo que respecta a la UE, cabe mencionar el párrafo 2 del artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE, según el cual la notificación de una medida de expulsión adoptada contra un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia debe mencionar los motivos de la expulsión, «a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado»⁷⁶⁴. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado esta norma, aclarando que «la comunicación de los motivos invocados [para justificar una decisión de expulsión o de denegación del permiso de estancia] ha de ser lo suficientemente detallada y precisa para permitir al interesado defender sus intereses»⁷⁶⁵.

354. Cabe destacar sin embargo que el derecho del extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión no está consagrado de manera uniforme en el derecho interno. Las legislaciones de los distintos países divergen en cuanto a la forma de determinar si el expulsado tiene derecho a ser informado de los motivos de la expulsión y en qué medida. Según algunas legislaciones, la decisión de expulsión debe expresar los motivos en que se funda⁷⁶⁶, o no es necesario que los exprese⁷⁶⁷, o sólo debe hacerlo en determinadas circunstancias⁷⁶⁸; el motivo de la decisión debe corresponderse con las consecuencias⁷⁶⁹; la decisión debe redactarse por escrito⁷⁷⁰ o comunicarse al interesado⁷⁷¹. Algunos Estados permiten que el extranjero o las autoridades exijan que la decisión esté fundada⁷⁷². En efecto, algunas legislaciones nacionales establecen que el extranjero sometido a un procedimiento de expulsión debe ser informado a tiempo del inicio o el estado del procedimiento de expulsión que se

⁷⁶⁴ Véase la nota 131 *supra*.

⁷⁶⁵ Asunto *Adoui* (nota 165 *supra*), párr. 13.

⁷⁶⁶ Canadá, Ley de 2001, art. 169, *b*); España, Ley de 2000, art. 26, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*); Francia, Código, arts. L.213-2, L.522-2 y L.551-2; Italia, Decreto ley n.º 286 (1998), arts. 13, 3) y 16, 6), Ley n.º 40 (1998), art. 11, 3), Decreto ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 10, 9) y 47, 3); Madagascar, Decreto de 1994, art. 37; Portugal, Decreto ley de 1998, arts. 22, 2) y 114, 1), *a*); República de Corea, Decreto de 1993, arts. 72 y 74; Suecia, Ley de 1989, secc. 11.3; Suiza, Reglamento de 1949, art. 20, 1), Ley federal de 1931, art. 19, 2). Esta exigencia se impone a veces expresamente cuando la decisión se refiere a una solicitud de admisión de la condición de persona protegida [Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 75, 5); Canadá, Ley de 2001, art. 169, *c*) y *d*)], cuando el interesado es sospechoso de terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*)], o cuando procede de un Estado que tiene un acuerdo especial o una relación especial con el Estado que expulsa [Suecia, Ley de 1989, secc. 11.3)].

⁷⁶⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 28, 1).

⁷⁶⁸ Suecia, Ley de 1989, secc. 11.3.

⁷⁶⁹ República Checa, Ley de 1999, secc. 9, 3).

⁷⁷⁰ Francia, Código, arts. L.213-2, L.551-2; Japón, Ordenanza de 1951, art. 47, 3); República de Corea, Decreto de 1993, arts. 72 y 74; Suiza, Ley federal de 1931, art. 19, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*). En algunos casos, esta exigencia puede aplicarse únicamente a los casos en que la decisión se refiere a una solicitud de reconocimiento de la condición de persona protegida [Canadá, Ley de 2001, art. 169, *c*) y *d*)] o a una persona sospechosa de terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*)]. En algunos Estados se puede eliminar de la decisión toda la información sensible, si el interesado es sospechoso de terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*)].

⁷⁷¹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, *c*), 5), *j*); Francia, Código, arts. L.522-2 y L.551-2; Italia, Decreto ley n.º 286 (1998), art. 16, 6); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 10, 9), 47, 3) y 48, 8); Portugal, Decreto ley de 1998, arts. 22, 2) y 120, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 59, 1), Decreto de 1993, art. 74.

⁷⁷² Canadá, Ley de 2001, art. 169, *e*).

sigue en su contra. El Estado debe notificar al extranjero si existe la posibilidad de que se le inicie un procedimiento de expulsión, o si está previsto que se le inicie, o si ya se ha iniciado dicho procedimiento⁷⁷³, que es susceptible de atentar contra la condición de persona protegida de que goza ese extranjero⁷⁷⁴, o si ha sido inscrito en una lista de personas sobre las que pesa una interdicción⁷⁷⁵. El Estado puede exigir que se indique en la notificación: a) los datos relativos al procedimiento posible o inminente y los derechos u opciones del extranjero en tal sentido⁷⁷⁶, o b) los hechos constatados o los motivos en que se fundan las decisiones preliminares⁷⁷⁷. También se puede especificar el lugar⁷⁷⁸ o las modalidades de la notificación⁷⁷⁹.

355. En el plano jurisprudencial, algunas jurisdicciones nacionales han confirmado asimismo la obligación de informar al extranjero de los motivos de la decisión de expulsión⁷⁸⁰. Sin embargo, en principio no se exige que se informe al extranjero antes de que se adopte la decisión⁷⁸¹.

⁷⁷³ Australia, Ley de 1958, art. 203, 2); Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17, Ley de 1998, art. 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 8, 2); Canadá, Ley de 2001, arts. 170, c) y 173, b); Chile, Decreto de 1975, art. 90; España, Ley de 2000, arts. 26, 2) y 57, 9); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 4, A), D), c), 2), A), 3, B), 5), 239, a), 240, b), 5), A) a D) y c), 5) y 504, b), 1) y 2); Francia, Código, arts. L.213-2, L.512-2, L.522-1 1), L.522-2 y L.531-1; Hungría, Ley de 2001, art. 42, 1); Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 11, Reglamento de 1973, art. 16; Italia, Decreto ley n.º 286 (1998), arts. 13, 5) y 7) y 16, 6), Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 7), Decreto ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 47, 3) y 4) y 48, 1) y 3); Madagascar, Decreto de 1994, art. 35, Ley de 1962, art. 15; Malasia, Ley de 1959-1963, art. 9, 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 7, 1); Panamá, Decreto ley de 1960, arts. 58, 85 y 86; Paraguay, Ley de 1996, art. 35, a); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22, 2) y 120, 1) y 2); República de Corea, Ley de 1992, arts. 59, 3), 60, 5) y 89, 3); República Checa, Ley de 1999, art. 124, 1) y 2); Reino Unido, Ley de 1971, art. 6, 2).

⁷⁷⁴ Canadá, Ley de 2001, art. 170, c).

⁷⁷⁵ Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 114, 2) y 120, 2).

⁷⁷⁶ Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8, 1); Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17, Ley de 1998, art. 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 8, 2); España, Ley de 2000, arts. 26, 2) y 57, 9); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 4), A), c) 2), A), 3,) B), 5), 239, a), 240, b), 5), A) a D) y c), 5) y 504, b), 1) y 2); Italia, Decreto ley n.º 286 (1998), arts. 13, 5) y 7) y 16, 6), Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 7), Decreto ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 47, 4) y 48, 3); Panamá, Decreto ley de 1960, art. 58; Paraguay, Ley de 1996, art. 35, a); Portugal, Decreto ley de 1998, arts. 22, 2) y 120, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 59, 3) y 89, 3).

⁷⁷⁷ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17; España, Ley de 2000, art. 26, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, b), 1); Francia, Código, arts. L.222-3, L.522-2 y L.531-1; Japón, Ordenanza de 1951, art. 47, 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 22, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 3); República Checa, Ley de 1999, art. 124, 2).

⁷⁷⁸ Guatemala, Decreto ley de 1986, art. 129.

⁷⁷⁹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 75, 5); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 239, c), 240, b), 5), A) y B); Francia, Código, art. L.512-3; Nigeria, Ley de 1963, art. 7, 1) a 5); Panamá, Decreto ley de 1960, arts. 85 y 86; República de Corea, Ley de 1992, art. 91, 1) a 3). La legislación pertinente puede exigir que el extranjero sea notificado personalmente cuando la notificación se refiere a la decisión adoptada en respuesta a la solicitud del extranjero de ampararse en la condición de persona protegida [Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 75, 5); Canadá, Ley de 2001, art. 169, d)].

⁷⁸⁰ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 656, y los casos de jurisprudencia citados en la primera nota de ese párrafo.

⁷⁸¹ Véase Bélgica, *Oudjit c. État belge*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *Pasicrisie belge*, 1962, IV, pág. 125, véase también ILR, vol. 31, 1966, pág. 353; Guyana, *Brandt* (nota 384 *supra*), pág. 468.

356. Con respecto al análisis que antecede, no parece haber duda de que la obligación de informar de la medida de expulsión al extranjero respecto del cual se ha adoptado una decisión de expulsión y, por ende, de los motivos de esa decisión, está establecida en el derecho internacional y ha sido confirmada por numerosas legislaciones nacionales, pese a ligeras variaciones, así como por la doctrina. Por lo demás, esta obligación, ¿no es acaso la condición misma de la invocación por el extranjero de las demás garantías procesales?

c) *El derecho a impugnar la expulsión*

i) *Consideraciones de carácter general*

357. En tratados y otros instrumentos internacionales, así como en legislaciones nacionales y en la doctrina, se reconoce al extranjero el derecho a impugnar su expulsión⁷⁸².

358. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la persona respecto de quien se ha dictado una orden de expulsión, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», el derecho a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión:

El extranjero que se halle ilegalmente en el territorio de un Estado Parte [...], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello se [le] permitirá exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión⁷⁸³.

El artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven consagra la misma garantía:

Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado [...] a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan [...] se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen⁷⁸⁴.

359. El artículo 1, párr. 1, apdo. a, del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone, por su parte, que a un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida de expulsión, debe permitírsele «exponer las razones que se opongan a su expulsión». El párrafo 2 del artículo 3 del Convenio europeo de establecimiento prevé la misma garantía al estipular que los nacionales de las Partes contratantes

que hayan residido legalmente durante más de dos años en el territorio de una de las Partes contratantes sólo pueden ser objeto de una medida

⁷⁸² Véase en particular Sharma y Wooldridge, *loc. cit.*, págs. 405 y 406 (citando el caso *Chevreau*, [Naciones Unidas, RSA, vol. II, pág. 1113]); y Plender, *op. cit.*, págs. 471 y 472 (esp. nota 158, donde se cita el caso 17/74, *Transocean Marine Paint v. Commission* [1974] ECR, pág. 1063, en la pág. 1080).

⁷⁸³ Véase Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/45/40)*, vol. II, *Pierre Giry c. República Dominicana*, comunicación n.º 193/1985, 20 de julio de 1990. (El Comité comprobó que la República Dominicana había infringido el artículo 13 del Pacto al no haber adoptado su decisión «conforme a la ley», por no haber dado al interesado la posibilidad de exponer las razones que lo asistían en contra de su expulsión y someter su caso a revisión ante la autoridad competente.)

⁷⁸⁴ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo.

de expulsión después de que se les haya permitido, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, exponer las razones que pueden invocar en contra de su expulsión.

360. Cabe mencionar asimismo el artículo 7 del Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux, que establece que:

Los nacionales de una de las Partes contratantes autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte contratante sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de que el Ministerio de Justicia del país de residencia haya sido notificado por una autoridad competente de dicho país, ante la cual los interesados puedan hacer valer sus medios de defensa.

361. El derecho del extranjero a impugnar su expulsión está también consagrado en algunas legislaciones internas. Según esas legislaciones, el extranjero puede ser autorizado a exponer razones o presentar pruebas⁷⁸⁵; interrogar testigos o hacerles repreguntas⁷⁸⁶; o examinar las pruebas presentadas en todos los casos⁷⁸⁷, en algunos casos⁷⁸⁸ o solamente cuando las normas de orden público y seguridad lo permitan⁷⁸⁹. Sin embargo, el Estado puede denegar al extranjero que tenga vínculos con el terrorismo el derecho a excluir pruebas obtenidas ilegalmente⁷⁹⁰.

ii) *El derecho a ser oído*

362. El extranjero puede ejercer su derecho a impugnar su expulsión de varias maneras, entre ellas durante un procedimiento oral. Si bien el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no otorga expresamente al extranjero el derecho a ser oído, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la adopción de una medida de expulsión sin que el extranjero haya tenido la

posibilidad de ser oído podría infringir el artículo 13 del Pacto:

El Comité está preocupado también porque la Junta de Inmigración y la Junta de Apelación para los Extranjeros pueden, en ciertos casos, inhibirse y declinar la jurisdicción a favor del Gobierno, con lo que se dictan decisiones de expulsión y denegación de la inmigración o el asilo sin que los interesados hayan tenido la posibilidad de ser oídos con las debidas garantías. En opinión del Comité, esta práctica puede en determinadas circunstancias, plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto⁷⁹¹.

363. En el marco de la expulsión, el derecho a ser oído no tiene la importancia que reviste en una instancia penal conforme al párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La fórmula «presentar pruebas exculpatorias», adoptada en la Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 32, párr. 2), fue sustituida en el Pacto por la frase «exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión» (art. 13), aunque este derecho no haya cambiado en cuanto al fondo. Al comentar algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos que se refieren a asuntos relacionados con los artículos 13 y 14 del Pacto, Nowak escribió:

Pese a que convendría, por regla general, exponer en una audiencia las razones que se oponen a una expulsión inminente, el artículo 13, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 14, párr. 3, apdo. d, no consagra el derecho del extranjero a comparecer en persona. El Comité rechazó la comunicación de un refugiado chileno en los Países Bajos debido a que el autor había tenido ampliamente la posibilidad de defender su causa en el marco de un procedimiento incoado en debida forma, parte del cual se había llevado a cabo oralmente. En los casos *Hammel* y *Giry*, el Comité comprobó que se había infringido el artículo 13 porque los autores no habían tenido la posibilidad de exponer las razones que respectivamente les asistían en contra de su expulsión y extradición⁷⁹².

364. Las legislaciones nacionales de varios Estados otorgan al extranjero el derecho a ser oído durante un procedimiento de expulsión⁷⁹³. Más precisamente, el Estado puede otorgar al extranjero el derecho a ser oído⁷⁹⁴ o definir las circunstancias en las que es necesario celebrar una audiencia⁷⁹⁵. La audiencia puede ser pública⁷⁹⁶, a puertas

⁷⁸⁵ Esta autorización puede ser otorgada: a) si el extranjero impugna una orden de expulsión o una denegación de admisión (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 2); Francia, Código, art. L.522-2; Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 3); Madagascar, Ley de 1962, art. 16; Suecia, Ley de 1989, art. 6.14; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 4), C), c), 2), D), i) y 240, b), 4), B); b) en determinadas condiciones, si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 2) y e) y f)]; o c) si el extranjero pide autorización para ser admitido nuevamente en el país después de haber sido expulsado (Francia, Código, art. L.524-2).

⁷⁸⁶ Canadá, Ley de 2001, art. 170, e); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, c), 2), D), i) y 240, b), 4), B); Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 3). Estas autorizaciones pueden ser otorgadas expresamente cuando el procedimiento se refiere a la solicitud del extranjero de ampararse en la condición de persona protegida [Canadá, Ley de 2001, art. 170, e)], o, en determinadas condiciones, si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 3), e)]. Un Estado puede autorizar a la autoridad competente a ordenar la comparecencia de testigos a solicitud del extranjero [Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 5)]; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, d), 1). Esta autorización puede ser otorgada sobre todo si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, d), 1)]. En estas circunstancias un Estado puede, en determinadas condiciones, comprometerse a sufragar los gastos que se deriven de la comparecencia de un testigo citado por el extranjero [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, d), 2)].

⁷⁸⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 238, b), 4), C) y c) 2), D), i).

⁷⁸⁸ Suecia, Ley de 1989, art. 11.2.

⁷⁸⁹ Suiza, Ley federal de 1931, art. 19, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 240, b), 4), B y 504, c), 3), d), 5) y e).

⁷⁹⁰ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, e), 1), B).

⁷⁹¹ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/51/40)*, vol. I, Suecia, párr. 88.

⁷⁹² Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, págs. 228 y 229 (citando el caso de un refugiado chileno, n.º 173/1984, párr. 4; *V.M.R.B. c. Canadá*, n.º 236/1987; el caso *Hammel*, n.º 155/1983, párrs. 19.2 y 20; y el caso *Giry* (nota 783 *supra*), párrs. 5.5 y 6).

⁷⁹³ Las conclusiones siguientes, que se basan en el análisis de las legislaciones y jurisprudencias nacionales, se han extraído del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 621 a 623.

⁷⁹⁴ Australia, Ley de 1958, art. 203, 3); Belarús, Ley de 1998, art. 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 2); Canadá, Ley de 2001, arts. 44, 2), 78, a), 170, b), 173, a) y 175, 1), a); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 216, A, b), 2), 238, c), 2), D), i), 240, b), 1) y 504, a), 1); Francia, Código, arts. L.213-2, L.223-3, L.512-2, L.522-1 I) 2) y L.524-1; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), arts. 13, 5 *bis*), 13 *bis*, 14, 4) y 17, Ley n.º 40 (1998), art. 15, 1); Japón, Ordenanza de 1951, arts. 10, 47, 4) y 48, 1) a 8); Madagascar, Decreto de 1994, arts. 35 y 36, Ley de 1962, art. 15; Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22, 1) y 118, 1) y 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 2); Suecia, Ley de 1989, art. 6.14. Este derecho le puede ser reconocido expresamente a un extranjero que tenga vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 5), g)].

⁷⁹⁵ Canadá, Ley de 2001, art. 44, 2) y 170, f); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 235, c), 1) y 238, c), 5).

⁷⁹⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, a), 2); Francia, Código, arts. L.512-2 y L.522-2.

cerradas⁷⁹⁷ o sólo celebrarse a puertas cerradas si el carácter confidencial de las pruebas presentadas lo exige⁷⁹⁸. En caso de ausencia del extranjero en la audiencia, las autoridades o la jurisdicción competente pueden ser autorizadas a celebrar la audiencia si el extranjero presta su consentimiento para ello⁷⁹⁹ o si la ley lo permite⁸⁰⁰. El Estado puede rembolsar los gastos en que incurra el extranjero para asistir a la audiencia⁸⁰¹ o exigir que éste deposite una caución para asegurarse de que respetará las condiciones en las que debe celebrarse la audiencia⁸⁰².

365. Hay numerosas jurisdicciones nacionales que también han reconocido este derecho fundándose en la Constitución, la jurisprudencia o la ley⁸⁰³. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó las razones, así como las exigencias, en el caso *Wong Sang Yung*, en los siguientes términos:

Quando la Constitución exige que se celebre una audiencia, ésta debe ser equitativa y llevarse a cabo delante de un tribunal que responda por lo menos a las normas de imparcialidad en vigor. En la audiencia de expulsión se plantean cuestiones esenciales para la libertad y la felicidad de un ser humano, e incluso para su vida, habida cuenta de los disturbios que agitan al país al que puede ser expulsado el extranjero. Podría ser difícil justificar que un tribunal respeta las normas de imparcialidad exigidas por la Constitución si, al tener que entender en un procedimiento de expulsión, se comporta como aquel que fue condenado por el Congreso por parcialidad, cuando estaban en juego cuestiones menos vitales relacionadas con derechos de propiedad⁸⁰⁴.

366. Otros tribunales han considerado que no es necesario celebrar una audiencia⁸⁰⁵. Para los países del Commonwealth, esa es en efecto la consecuencia lógica del principio según el cual la orden de expulsión es únicamente de competencia de los órganos administrativos y no incumbe en ningún caso a las instancias judiciales o cuasijudiciales⁸⁰⁶.

iii) *El derecho a estar presente*

367. Los instrumentos internacionales no enuncian ninguna norma explícita en la materia. En cambio, la legislación de varios Estados garantiza o exige la presencia del

extranjero en un procedimiento de expulsión. El Estado puede reconocer al extranjero el derecho a asistir personalmente al examen de su caso⁸⁰⁷, citar al extranjero a comparecer o exigir de cualquier otra manera su presencia en la audiencia⁸⁰⁸. Puede también autorizar la presencia de un miembro de la familia o de un conocido del extranjero⁸⁰⁹. Puede sancionar la no comparecencia del extranjero con la expulsión y la prohibición de estancia temporaria⁸¹⁰. La ausencia del extranjero puede excusarse por razones de incapacidad mental⁸¹¹, o si el extranjero no ha sido informado de la audiencia, o si alega circunstancias excepcionales que justifican su ausencia⁸¹². No obstante, la ausencia del extranjero no impide que continúe el procedimiento de expulsión, sobre todo si el extranjero puede estar representado por un abogado. De todos modos, la práctica de los Estados sigue siendo demasiado limitada como para que se pueda inferir cualquier norma en la materia.

d) *El derecho a un recurso eficaz*

368. Otra de las normas de procedimiento más importantes es la posibilidad que se debe ofrecer al extranjero sujeto a expulsión de defenderse ante una instancia competente. Sin embargo, como es sabido, el Estado de acogida puede derogar esta norma por «razones imperiosas de seguridad nacional». Esta justificación es examinada periódicamente por el Comité de Derechos Humanos. Hay dos casos que pueden permitir ilustrarlo. En el caso *Eric Hammel*⁸¹³, el interesado, un abogado de nacionalidad francesa establecido en Madagascar desde hacía unos veinte años, había defendido presos políticos y a los principales dirigentes de la oposición política y, en varias ocasiones, había representado a algunas personas ante el Comité de Derechos Humanos. Fue detenido y arrestado durante tres días. Tras haber tenido solamente dos horas para organizar sus asuntos, fue expulsado del territorio malgache. De acuerdo con la Corte Suprema de Madagascar, las actividades del interesado así como su presencia continuada en ese país perturbaban la seguridad y el orden públicos. El Comité de Derechos Humanos, ante el cual se planteó este litigio, al pronunciarse sobre

⁷⁹⁷ Madagascar, Decreto de 1994, art. 37, Ley de 1962, art. 16.

⁷⁹⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 166; Suecia, Ley de 1989, art. 6.14.

⁷⁹⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, b), 2), A), ii).

⁸⁰⁰ Belarús, Ley de 1998, art. 29; Francia, Código, art. L.512-2.

⁸⁰¹ Suecia, Ley de 1989, art. 6.15.

⁸⁰² Canadá, Ley de 2001, art. 44, 3).

⁸⁰³ Véase, por ejemplo, Estados Unidos, *Wong Sang Yung v. McGrath, Attorney General et al.*, Corte Suprema, 20 de febrero de 1950, ILR, vol. 17, págs. 252 a 256; *Nicoli v. Briggs*, Tribunal de Apelaciones del décimo circuito, 7 de abril de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law cases, 1935-1937*, caso n.º 162, pág. 345; Guyana, *Brandt* (nota 384 *supra*), pág. 468; Canadá, *re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration*, Tribunal Federal de Apelaciones, 20 de mayo de 1976, ILR, vol. 73, págs. 617 a 626; *Gooliah v. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 14 de abril de 1967, ILR, vol. 43, págs. 219 a 224. En Francia es obligatorio celebrar una audiencia, salvo en caso de urgencia; véase, por ejemplo, *Mihoubi*, Consejo de Estado, 17 de enero de 1970, *Recueil Sirey*, pág. 25; véase también ILR, vol. 70, pág. 358.

⁸⁰⁴ *Wong Sang Yung* (nota precedente), págs. 254 y 255.

⁸⁰⁵ Véase Sudáfrica, caso *Urban* (véase la nota 250 *supra*); Lesotho, *Smith v. Minister of Interior and Others*, Tribunal Superior, 8 de julio de 1975, ILR, vol. 70, pág. 370.

⁸⁰⁶ Véase la nota precedente.

⁸⁰⁷ Belarús, Ley de 1998, art. 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 2) y 3); Canadá, Ley de 2001, arts. 78, a), i) y 170, e); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, c), 2), D), i), 240, b), 2), A) y B) y 504, c), 1); Francia, Código, arts. L.223-2, L.512-2, L.522-1, J), 2) y L.524-1; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), arts. 13, 5 *bis*, 14, 4) y 17, Ley n.º 40 (1998), art. 15, 1); Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 3); Madagascar, Decreto de 1994, arts. 35 y 36, Ley de 1962, arts. 15 y 16; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 118, 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 89, 2) y 3); Suecia, Ley de 1989, art. 6.14. Se puede reconocer un derecho de esa índole principalmente en el caso de un extranjero que estuviera implicado en el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 1)]. Véase también el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 624.

⁸⁰⁸ Australia, Ley de 1958, art. 203, 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 118, 1). Un Estado puede exigir asimismo la presencia del extranjero durante el examen de la legalidad de su detención [Canadá, Ley de 2001, art. 57, 3)].

⁸⁰⁹ Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 4).

⁸¹⁰ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 212 a), 6), B) y 240, b), 5), A), E), 7).

⁸¹¹ *Ibíd.*, art. 240, b), 3).

⁸¹² *Ibíd.*, art. 240, b), 5), C), e), 1).

⁸¹³ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/42/40)*, anexo VIII, comunicación n.º 155/1983.

la cuestión de la violación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que: «el autor no dispuso de un recurso efectivo contra su expulsión y [...] el Estado Parte no ha demostrado que hubiera razones imperiosas de seguridad nacional para privarle de ese recurso»⁸¹⁴. El Comité puntualizó que tenía en cuenta en su decisión, en particular, su Comentario general n.º 15 de 1986. En esa observación había indicado que

[s]e debe dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios [de procedimiento] del artículo 13 [que benefician a los extranjeros en situación regular que enfrentan una expulsión], sólo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional»⁸¹⁵.

369. En el mismo Comentario general, el Comité recordó que si el procedimiento de expulsión entraña detención, «tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de libertad (artículos 9 y 10)»⁸¹⁶. El artículo 10 del Pacto se refiere a las condiciones de detención. Por su parte, el artículo 9 enuncia las garantías de carácter procesal a que tiene derecho toda persona privada de su libertad. En el párrafo 4 de ese artículo se establece que

[t]oda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Cualquiera sea el fin de la privación de libertad, un tribunal debe poder decidir sobre su legalidad. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos recordó en 2002 que ese procedimiento debía llevarse a cabo rápidamente⁸¹⁷. En el caso *Ahani c. Canadá*, el interesado fue detenido en virtud de una afirmación de que constituía una amenaza para la seguridad interna, y permaneció detenido hasta el momento de su expulsión. El Comité de Derechos Humanos observó que la detención había tenido lugar sin que el interesado hubiera sido condenado por una infracción penal o condenado a una pena de prisión. Consideró por lo tanto que el interesado, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9, debía

tener un acceso adecuado a la revisión judicial de la detención, es decir, la revisión de la justificación sustantiva de la detención, así como a una revisión suficientemente frecuente⁸¹⁸.

e) *La no discriminación en las garantías procesales*

370. El principio de la no discriminación parece ser aplicable no solamente cuando se trata de decidir si

⁸¹⁴ *Ibid.*, párr. 19.2.

⁸¹⁵ *Ibid.* Véase también A/41/40 (nota 601 *supra*), anexo VI, Comentario general sobre la situación de los extranjeros en virtud del Pacto (n.º 15), párr. 10.

⁸¹⁶ A/41/40 (nota 601 *supra*), párr. 9.

⁸¹⁷ Informe provisional de 2 de julio de 2002 del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el tema de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Theo van Boven, presentado a la Asamblea General en cumplimiento de su resolución 56/143, de 19 de diciembre de 2001 (A/57/173, párr. 16).

⁸¹⁸ Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/59/40)*, vol. II, comunicación n.º 1051/2002 de 10 de enero de 2002, párr. 10.2 *in fine*. Véase también la nota sobre este caso de Gerald Heckman, «International Decisions», AJIL, vol. 99, n.º 3 (julio de 2005), pág. 669.

corresponde expulsar a un extranjero⁸¹⁹, sino también en lo que respecta a las garantías procesales que es preciso respetar. El Comité de Derechos Humanos, al comentar el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, subrayó que «[e]n la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros»⁸²⁰.

371. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó inquietud por los casos de discriminación racial relacionados con la expulsión de extranjeros, incluso en el ámbito de las garantías procesales⁸²¹. En su Recomendación general n.º 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, recomienda a los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otras cosas,

[v]elar por que [...] los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos⁸²².

372. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos ha insistido en que se prohíba la discriminación entre los sexos en lo que respecta al derecho del extranjero a impugnar su expulsión:

Los Estados Partes deben velar por que se reconozca a las mujeres extranjeras, en condiciones de igualdad, el derecho a presentar argumentos contra su expulsión y a lograr que su situación sea revisada en la forma prevista en el artículo 13. En este contexto, las mujeres extranjeras deberán tener derecho a aducir argumentos basados en infracciones del Pacto que afecten concretamente a la mujer, como las mencionadas en los párrafos 10 y 11 *supra*⁸²³.

f) *El derecho a la protección consular*

373. El extranjero sujeto a una medida de expulsión puede, conforme al derecho internacional, tener derecho a la protección consular⁸²⁴, según surge de los artículos 36

⁸¹⁹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/611 y A/CN.4/617.

⁸²⁰ Comité de Derechos Humanos, A/41/40 (nota 601 *supra*), anexo VI, Comentario general sobre la situación de los extranjeros en virtud del Pacto (n.º 15), párr. 10.

⁸²¹ Véase, en particular, las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con respecto a Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/49/18)*, párr. 144:

«Se expresa preocupación por el hecho de que la aplicación de estas leyes [las leyes sobre inmigración y asilo] podría tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada [en el territorio francés] por períodos excesivamente largos».

⁸²² *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/59/18)*, Recomendación general n.º 30, párr. 25.

⁸²³ Informe del Comité de Derechos Humanos, *ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. I, Observación general n.º 28 sobre el artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), párr. 17. Se entiende que las infracciones concretamente relacionadas con la mujer que se prevén en los párrafos 10 y 11 son especialmente el infanticidio de niñas, la quema de viudas, los asesinatos por causa de dote, la violencia en el hogar y otras formas de violencia contra la mujer, incluidas la violación, el aborto y la esterilización forzados y la mutilación genital.

⁸²⁴ Véase Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (arts. 5, apdos. a, d, e, g, h e i, y 36 y 37); véanse también los análisis de Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 95; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 1140 y 1141, párr. 547, nota 1, nota 4 (donde citan los casos *Chevreau c. Royaume-Uni* (1931) [Naciones Unidas, RSA, vol. II

y 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁸²⁵. El artículo 36, párr. 1, apdo. *a*, garantiza la libertad de comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. Al estar formulada en términos generales, esta garantía debería aplicarse también a los procedimientos de expulsión. El apartado *b* del párrafo 1, que se refiere al caso de una persona arrestada de cualquier forma, detenida o puesta en prisión preventiva, establece la obligación del Estado receptor de informar a la oficina consular competente si el interesado lo pide e informar a este último acerca de los derechos que se le reconocen a ese respecto, mientras que el apartado *c* del párrafo 1 consagra el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido.

374. La CIJ aplicó el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los casos *LaGrand*⁸²⁶ y *Avena*⁸²⁷. Para la Corte, «el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36 enuncia las obligaciones que tiene el Estado receptor respecto de una persona detenida en el Estado que envía»⁸²⁸ y «la claridad de estas disposiciones, leídas en su contexto, no deja lugar a dudas»⁸²⁹.

375. En lo que respecta al artículo 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se permite a los funcionarios consulares comunicarse con las autoridades del Estado receptor.

376. Cabe recordar que la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven consagra en su artículo 10 el derecho de todo extranjero a comunicarse en cualquier momento con la misión diplomática o consular de su Estado de origen:

Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional⁸³⁰.

377. Dado que este derecho se afirma en términos generales en la Declaración, parece que debería aplicarse también en caso de expulsión.

378. Algunas legislaciones nacionales también reconocen expresamente el derecho de un extranjero a solicitar protección consular en caso de expulsión⁸³¹. Más concretamente,

el Estado puede autorizar al extranjero a que se comunique con los representantes diplomáticos o consulares de su Estado, o de cualquier Estado al que se haya confiado la representación del Estado del extranjero⁸³², cuando: *a*) se notifique al extranjero que el Estado tiene intención de expulsarlo⁸³³; *b*) el extranjero esté confinado en una zona o lugar específico⁸³⁴ o retenido de otro modo por el Estado⁸³⁵; *c*) el extranjero esté detenido y sea sospechoso de haber participado en actividades terroristas⁸³⁶; o *d*) se haya adoptado una decisión definitiva de expulsión y el extranjero vaya a ser deportado⁸³⁷. El Estado puede permitir que el personal diplomático o consular se ocupe de la salida del extranjero del país o de la prórroga de su estancia, incluso en el caso de que el extranjero haya incumplido las condiciones de su estatuto transitorio⁸³⁸.

g) El derecho a un asesor

379. No sólo el derecho convencional, sino también el derecho interno, la jurisprudencia y la doctrina, han consagrado hasta cierto punto el derecho del extranjero a hacerse representar por un asesor en un procedimiento de expulsión⁸³⁹.

380. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», al extranjero que es objeto de una medida de expulsión «se [le] permitirá [...] someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin». El Pacto sólo garantiza expresamente ese derecho en un procedimiento de recurso. Surge en efecto de lo dispuesto en su artículo 13 —inspirado en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados— que este derecho sólo está expresamente garantizado en los procedimientos de apelación. La comparación del apartado *d* del párrafo 3 del artículo 13 con el artículo 14 deja entrever también que una persona amenazada de expulsión no tiene derecho a recurrir a los servicios de un asesor jurídico o de un abogado. Sin embargo, el derecho de hacerse representar implica que puede designar un representante, el que puede ser un abogado, cuyos honorarios correrán por cuenta del extranjero. En la medida en que la expulsión pone en juego los derechos fundamentales de los extranjeros interesados, que tienen especial necesidad de un asesor jurídico, el derecho de hacerse representar por un abogado libremente elegido es de primordial importancia. La práctica que el Comité de Derechos Humanos ha llegado a conocer muestra que la mayoría de las personas interesadas han estado de hecho representadas por un asesor durante el procedimiento de apelación⁸⁴⁰. El artículo 7 de la Declaración sobre los

(n.º de venta: 1949.V.1), págs. 1113, 1123 y 1124], y *Faulkner v. United Mexican States* (1926) [ibíd., , vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 67 y 70]) y nota 6 (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 8).

⁸²⁵ Véanse por ejemplo las observaciones de Aleinikoff, *loc. cit.*, pág. 9, invocando el artículo 36 de la Convención; Plender, *op. cit.*, pág. 471 (que cita en la nota 150 el artículo 36 de la Convención); *Bigelow v. Princesse Zizianoff*, *Gazette du Palais*, 4 de marzo de 1928, y Cahier y Lee, «Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations», pág. 63.

⁸²⁶ Caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 489 y ss., párrs. 64 a 91. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200.

⁸²⁷ Caso *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos), fallo, *C.I.J. Recueil 2004*, págs. 39 y ss., párrs. 49 a 114.

⁸²⁸ Caso *LaGrand*, pág. 494, párr. 77.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ Véase la nota 579 *supra*.

⁸³¹ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 631.

⁸³² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 507, e), 2).

⁸³³ *Ibid.*; Francia, Código, arts. L.512-1, L.531-1 y L.551-2; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 24, 1).

⁸³⁴ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 24, 1).

⁸³⁵ Francia, Código, art. L.551-2.

⁸³⁶ Véase la nota 832 *supra*.

⁸³⁷ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 18.

⁸³⁸ Chile, Decreto de 1975, art. 85.

⁸³⁹ Véase, por ejemplo, Haney, «Deportation and the Right to Counsel», pág. 190, citando la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *in re Gault*, 387 U.S. 1, 50, 68 (1967).

⁸⁴⁰ Véase Nowak, *op. cit.*, pág. 231.

derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁸⁴¹ reitera los términos ya citados del artículo 13 del Pacto.

381. A nivel europeo, el artículo 1, párr. 1, apdo. c, del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que, en un procedimiento de expulsión, se permita a todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado «hacerse representar [...] ante la autoridad competente». De la misma manera, el artículo 3, párr. 2, del Convenio europeo de establecimiento dispone que los nacionales de las Partes contratantes

que hayan residido legalmente durante más de dos años en el territorio de una de las Partes contratantes sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de haber sido admitidos, a menos que existan razones imperiosas relacionadas con la seguridad del Estado, sin antes haber tenido la posibilidad de exponer las razones que pueden invocar contra la expulsión, de presentar un recurso a tal efecto y *de hacerse representar** ante una autoridad competente o ante una o más personas especialmente designadas por la autoridad competente.

382. Cabe mencionar asimismo el artículo 7 del Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux, que dice:

Los nacionales de una de las Partes contratantes autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte contratante sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de que el Ministerio de Justicia del país de residencia haya sido notificado por una autoridad competente de dicho país, ante la cual los interesados puedan hacer valer sus medios de defensa y *hacerse representar o asistir por un abogado de su elección**.

383. Al examinar el caso *Josu Arkauz Arana c. Francia*, el Comité contra la Tortura consideró que era importante darle a la persona cuya expulsión se había ordenado la posibilidad de ponerse en contacto con su familia o con su abogado para evitar eventuales abusos susceptibles de constituir una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Según el Comité, la expulsión podía constituir una violación del artículo 3 por cuanto

[la] expulsión se llevó a cabo según un procedimiento administrativo, [...] sin la intervención de una autoridad judicial y sin que el autor haya tenido la posibilidad de comunicarse con su familia o su abogado. Estas circunstancias [...] colocaba[n] al autor en una situación particularmente vulnerable a posibles abusos⁸⁴².

384. Las legislaciones de muchos Estados garantizan también el derecho a un asesor en caso de expulsión. El Estado puede autorizar al extranjero a hacerse asistir por un representante⁸⁴³, incluido un asesor jurídico⁸⁴⁴ u otra

persona que no sea un asesor jurídico⁸⁴⁵ durante el procedimiento de expulsión, incluso mientras permanece detenido. Puede autorizar expresamente al extranjero a elegir libremente a su asesor⁸⁴⁶. El Estado puede asignar un representante a los menores o a otras personas incapaces de comprender la naturaleza del procedimiento⁸⁴⁷. Puede dictaminar la inviolabilidad de la correspondencia dirigida al extranjero por sus abogados o asesores públicos o por los órganos internacionales competentes⁸⁴⁸.

385. Algunas jurisdicciones internas, interpretando la legislación nacional, también han defendido el derecho del extranjero a ser representado por un asesor⁸⁴⁹.

h) Asistencia jurídica

386. En lo que respecta al derecho del expulsado a recibir asistencia jurídica, el Relator Especial se remite a la legislación pertinente de la UE, en particular a la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuyo artículo 12 establece en su parte pertinente:

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

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan⁸⁵⁰.

387. Cabe recordar además la preocupación que generó en el Comité de los Derechos del Niño la información que revelaba

[e]l maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a asistencia letrada⁸⁵¹.

388. Las legislaciones de varios Estados prevén asimismo el derecho a la asistencia jurídica en ocasión de un procedimiento de expulsión. Así, el Estado puede garantizar al extranjero un asesor o asistencia letrada por cuenta

Ley de 1992, art. 54; Suecia, Ley de 1989, arts. 6.26, 11.1b y 11.8. Este derecho puede haberse reconocido expresamente a los menores (Francia, Código, art. L.222-3) o al extranjero que pudiera estar implicado en el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 504, c), 1) y 507, e), 1)].

⁸⁴⁵ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 3); Francia, Código, art. L.522-2.

⁸⁴⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 4), B), 239, a), 1), 240, b), 4) y 292; Francia, Código, art. L.213-2; Madagascar, Decreto de 1994, art. 36; Portugal, Decreto ley de 1998, art. 24, 2).

⁸⁴⁷ Canadá, Ley de 2001, art. 167, 1); Francia, Código, arts. L.221-5 y L.222-3; Suecia, Ley de 1989, arts. 11.1b y 11.8.

⁸⁴⁸ Suecia, Ley de 1989, art. 6.26.

⁸⁴⁹ Véase Bélgica, *Oudjit c. État belge* (nota 781 *supra*), pág. 125; Canadá, *Re Immigration Act, Re Kokorinis*, Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, 3 de mayo de 1967, ILR, vol. 43, pág. 225; y *Re Vinarao*, Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, 17 de enero de 1968, *ibíd.*, vol. 44, pág. 166.

⁸⁵⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea* L16, 23 de enero de 2004, pág. 50.

⁸⁵¹ CRC/C/118, 3 de septiembre de 2002, observaciones finales sobre España, párr. 512, apdo. a.

⁸⁴¹ Véase la nota 579 *supra*.

⁸⁴² Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/45/44), Josu Arkauz Arana c. Francia*, comunicación n.º 63/1997, 9 de noviembre de 1999, párr. 11.5.

⁸⁴³ Japón, Ordenanza de 1951, art. 10, 3); Panamá, Decreto ley de 1960, art. 85.

⁸⁴⁴ Argentina, Ley de 2004, art. 86; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 3); Canadá, Ley de 2001, art. 167, 1); España, Ley de 2000, art. 26, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, a), 2), 239, a), 1), E) y b), 504, c), 1) y 507, e), 1); Francia, Código, arts. L.221-4, L.221-5, L.222-3, L.512-1, L.512-2, L.522-2, L.551-2 y L.555-3; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 13, 5) y 8) y 14, 4); Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 10) y 15, 1); Madagascar, Decreto de 1994, art. 36, Ley de 1962, art. 15; Noruega, Ley de 1988, art. 42; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 24, 2); República de Corea,

de los contribuyentes⁸⁵². Puede también renunciar a recuperar los gastos si el extranjero es indigente⁸⁵³.

389. Si bien el derecho a la asistencia jurídica no tiene un fundamento explícito en el derecho convencional, el Relator Especial piensa que podría establecerse en el marco del desarrollo progresivo, inspirándose en el derecho comunitario europeo y con el fin de consagrar una tendencia importante en la práctica de los Estados, como se desprende del análisis de las legislaciones nacionales.

i) Traducción e interpretación

390. En lo que se refiere al derecho a la traducción y la interpretación durante el procedimiento de expulsión, cabe señalar las preocupaciones expresadas por el Comité de los Derechos del Niño con respecto

[a] maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a [...] servicios de interpretación⁸⁵⁴.

391. Las legislaciones de varios Estados otorgan al extranjero expulsado el derecho a que se les preste servicios de traducción o interpretación. Como ya se señaló (párr. 308 *supra*), en Italia, por ejemplo, cuando el extranjero no comprende el italiano, la decisión debe ir acompañada de una «síntesis» redactada en un idioma que éste comprenda, o en su defecto, en inglés, francés o español. La jurisprudencia considera que esta traducción es parte integral de los derechos de la defensa, y estima que, cuando la decisión de expulsión no está traducida al idioma del interesado, se debe indicar claramente el motivo por el cual se omitió la traducción; de lo contrario, la decisión de expulsión no surte efectos. La jurisprudencia considera que la traducción al inglés, francés o español sólo es admisible cuando la administración desconoce el país de origen del extranjero y, por ende, su lengua. Al mismo tiempo que se le comunica la decisión de expulsión, el extranjero es informado de sus derechos: asistencia de un abogado, eventualmente proporcionada por la asistencia jurídica, en todos los procedimientos judiciales vinculados a la expulsión, y la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de expulsión.

392. En general, según el caso, las autoridades proporcionan la asistencia de un traductor o de un intérprete⁸⁵⁵;

⁸⁵² Argentina, Ley de 2004, art. 86; España, Ley de 2000, art. 26, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 1); Francia, Código, arts. L.221-5, L.222-3, L.522-2 y L.555-3; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 13, 8), Ley n.º 40 (1998), art. 11, 10); Noruega, Ley de 1988, art. 42; Suecia, Ley de 1989, arts. 6.26, 11.1b y 11.8 a 10. Este derecho puede otorgarse especialmente al extranjero que pudiera estar implicado en el terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 504, c), 1)]. El Estado puede, en los casos de expulsión corrientes, proporcionar al extranjero una lista de asesores letrados que aceptan trabajar en forma honoraria, sin reconocerle por ello el derecho a hacerse representar gratuitamente [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 239, b), 2) y 3)]. En cambio, el Estado puede prever la obligación del extranjero de hacerse cargo de los gastos; véase Canadá, Ley de 2001, art. 167, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 4), B), 240, b), 4), A) y 5), A) y 292.

⁸⁵³ Argentina, Ley de 2004, arts. 87 y 88; Noruega, Ley de 1988, art. 42.

⁸⁵⁴ Véase la nota 851 *supra*.

⁸⁵⁵ Argentina, Ley de 2004, art. 86; Australia, Ley de 1958, arts. 258 B y 261 A a C; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 8, 3)

dan al extranjero el derecho a recibir todas las comunicaciones en un idioma que comprenda⁸⁵⁶; utilizan durante todo el procedimiento un idioma que el extranjero comprenda⁸⁵⁷; utilizan el idioma del lugar o la sede de la autoridad competente⁸⁵⁸; pagan al interesado los gastos y honorarios de un intérprete particular⁸⁵⁹; o asignan al intérprete la responsabilidad de la forma de las actas resumidas escritas de los debates⁸⁶⁰.

393. En Italia, la Corte Constitucional entendió que un decreto de expulsión publicado en inglés, francés o español era constitucional aunque el texto no hubiera podido ser notificado al extranjero en su idioma o en otro idioma que éste comprendiera. La Corte consideró que este procedimiento respondía a criterios funcionales razonables y garantizaba razonablemente que el interesado pudiera comprender el contenido de la decisión⁸⁶¹.

2. LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA CE

394. El régimen procesal de la expulsión de extranjeros en el ordenamiento comunitario fue establecido inicialmente por la ya citada Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, de 25 de febrero de 1964. Esta norma preveía garantías procesales de dos tipos: el Estado miembro de acogida tenía la obligación, por una parte, de notificar la decisión de expulsión a la persona interesada y, por la otra, de otorgarle un derecho de recurso. Esta directiva fue derogada por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁸⁶², que sin embargo reitera esta doble garantía, reforzándola en un sentido más protector.

y 76, 3); España, Ley de 2000, art. 26, 2); Francia, Código, arts. L.111-8, L.221-4, L.221-7, L.222-3, L.223-3, L.512-2 y L.522-2; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 13, 7); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 24, 1); República de Corea, Ley de 1992, arts. 48, 6) y 7), y 58. Este derecho se otorga a veces expresamente a los menores (Francia, Código, art. L.222-3) o en el marco de una prueba de identificación u otra medida indagatoria (Australia, Ley de 1958, arts. 258, B y 261, A a C; República de Corea, Ley de 1992, arts. 48, 6) y 7) y 58).

⁸⁵⁶ Australia, Ley de 1958, arts. 258 B y 261 A a C; Belarús, decisión del Consejo, 1999, art. 17; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, b), 7); Francia, Código, arts. L.213-2 y L.221-4; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), arts. 2, 6), 4, 2) y 13, 7), Ley n.º 40 (1998), arts. 2, 5) y 11, 7), Decreto ley de 1996, art. 7, 3).

⁸⁵⁷ Francia, Código, art. L.111-7. En algunos Estados, el extranjero debe indicar qué idioma(s) comprende (Francia, Código, art. L.111-7), o qué idioma prefiere entre los que se le proponen [Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 2, 6), Ley n.º 40 de 1998, art. 2, 5)]. Algunos Estados eligen uno o más idiomas por defecto, cuando el interesado no indica su preferencia (Francia, Código, art. L.111-7), o cuando no pueden comunicarse con él en el idioma de su elección [Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 2, 6), 4, 2) y 13, 7), Ley n.º 40 de 1998, arts. 2, 5) y 11, 7), Decreto ley de 1996, art. 7, 3)].

⁸⁵⁸ Suiza, Reglamento de 1949, art. 20, 3).

⁸⁵⁹ Suecia, Ley de 1989, secc. 11.5.

⁸⁶⁰ República de Corea, Ley de 1992, arts. 59, 2) y 60, 1) y 2).

⁸⁶¹ Véase sentencia n.º 257/2004, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 28 de julio de 2004.

⁸⁶² La Directiva 64/221/CEE quedó derogada en la fecha de vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor del nuevo texto, es decir, el 30 de abril de 2006.

a) *Notificación de la decisión de expulsión*

395. Las decisiones de expulsión deben notificarse siempre a las personas interesadas. Deben notificarse «por escrito» a la persona en cuestión, «en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones»⁸⁶³. Con respecto al idioma que se debe utilizar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha puntualizado que la notificación debe hacerse de manera tal que la persona en cuestión comprenda no solamente el contenido sino también los efectos⁸⁶⁴. El artículo 6 de la Directiva 64/221/CEE imponía, a menos que lo impidieran razones de seguridad del Estado, la comunicación de los motivos de orden público, seguridad pública o salud pública en que se fundaba dicha decisión. El Tribunal decidió que esta comunicación debía ser «suficientemente detallada y precisa»⁸⁶⁵, a fin de permitir al interesado defenderse de manera útil⁸⁶⁶. El artículo 7 establece que la notificación incluirá la indicación

del plazo concedido para abandonar el territorio. [...] [E]l plazo no podrá ser inferior a quince días cuando el interesado no haya recibido aún un permiso de residencia, ni inferior a un mes en todos los demás casos.

La Directiva 2004/38/CE establece que estas personas deben ser informadas, por notificación, de la jurisdicción o de la autoridad administrativa ante la cual tienen derecho a recurrir, así como el plazo para interponer recurso. Al mismo tiempo, la notificación debe indicar el plazo que se les otorga para salir del territorio del Estado miembro de acogida, el cual deberá ser, salvo en caso de urgencia, de por lo menos un mes a partir de la fecha de la notificación. Sobre este punto, el legislador comunitario no distingue entre las personas según que sean titulares de un permiso de estancia o no, y exige que la urgencia sea debidamente justificada.

396. El artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE («Notificación de las decisiones») establece en su párrafo 1 que toda decisión de limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, adoptada en virtud del apartado 1 del artículo 27, «deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones». En el párrafo 3 establece:

En la notificación se indicará la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro. Excepto en casos urgentes debidamente justificados, dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación.

b) *El derecho a un recurso eficaz*

397. El artículo 8 de la Directiva 64/221/CEE estipula:

En relación con toda decisión sobre la admisión de entrada, la denegación de la concesión o la renovación del permiso de estancia o sobre

⁸⁶³ Directiva 2004/38/CE, art. 30, párr. 1.

⁸⁶⁴ Asunto *Adoui* (nota 165 *supra*), párr. 13; conclusiones del Abogado General Francesco Capotorti, presentadas el 16 de febrero de 1982, *Recopilación de Jurisprudencia 1982*, pág. 1714.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, párr. 13.

⁸⁶⁶ Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Rutili* (nota 141 *supra*) párr. 39; conclusiones del Abogado General H. Mayras, presentadas el 14 de octubre de 1975, *Recopilación de Jurisprudencia 1975*, pág. 1237.

la expulsión del territorio, la persona interesada podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos.

A partir de la sentencia *Pecastaing*, en 1980, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha recordado constantemente que esto significa que las decisiones previstas en la Directiva se consideran «actos administrativos», y que toda persona que es objeto de una de estas decisiones debe tener acceso a los mismos recursos de que disponen los nacionales contra los actos de la administración⁸⁶⁷. En tal sentido, un Estado miembro no puede otorgar a esas personas «posibilidades de recurso que [...] sean menos favorables que aquellas de que disponen sus propios nacionales»⁸⁶⁸. En consecuencia, un recurso debe estar a disposición de toda persona «mencionada en la Directiva, contra toda decisión susceptible de dar lugar a expulsión», incluso antes de su ejecución⁸⁶⁹. En lo que respecta a la jurisdicción ante la cual debe interponerse el recurso, el Tribunal aclaró que

si, en un Estado miembro, pueden presentarse recursos contra los actos administrativos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, las personas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 64/221 deben ser tratadas de la misma forma que los nacionales en lo que respecta a las posibilidades de recurso que puedan interponerse ante dichos órganos jurisdiccionales contra los actos de la Administración⁸⁷⁰.

Además, si en un Estado miembro esas jurisdicciones son competentes para ordenar la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa, como lo es una decisión de expulsión, mientras que las jurisdicciones administrativas no tienen esa potestad, dicho Estado debe permitir a las personas previstas en la Directiva presentar una petición de suspensión ante las primeras «en las mismas condiciones que los nacionales»⁸⁷¹.

398. Con respecto al efecto suspensivo de estos recursos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicó claramente en el caso *Royer*, en 1976, en el que se pronunció sobre una expulsión prejudicial, que «la decisión de expulsión no puede tener carácter ejecutivo antes de que el interesado haya tenido la posibilidad de interponer ese recurso»⁸⁷². Los Estados miembros están obligados, incluso antes de que se ejecute la decisión de expulsión, no solamente a prever para toda persona comprendida en la Directiva la posibilidad de impugnar esa decisión en el ámbito judicial, sino también a permitir que esas personas presenten un recurso eficaz ante el tribunal competente. No basta simplemente con que sea posible interponer un recurso judicial, sino que es preciso además que los interesados tengan realmente los medios de recurrir a la justicia. Sin embargo, los Estados miembros no tienen la obligación de mantener en su territorio,

⁸⁶⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 5 de marzo de 1980, *Josette Pecastaing c. Estado Belga*, caso C-98/79, párr. 10, *Recopilación de Jurisprudencia 1980*, pág. 00665; conclusiones del Abogado General M. G. Reischl, presentadas el 31 de enero de 1980, *ibid.*, pág. 680. Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 18 de octubre de 1990, *Massam Dzodzi c. Estado Belga*, asuntos acumulados C-297/88 y 197/89, *ibid.*, 1990, párr. 58; conclusiones del Abogado General M. M. Darmon, presentadas el 3 de julio de 1990, *ibid.*, pág. 3763.

⁸⁶⁸ Asunto *Pecastaing* (nota precedente), párr. 11.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ *Ibid.* En igual sentido, asunto *Dzodzi* (nota 867 *supra*), párr. 59.

⁸⁷² Asunto *Royer* (nota 277 *supra*), párr. 60.

durante todo el proceso, al nacional de la Comunidad que ha sido objeto de una medida de expulsión. El Tribunal de Justicia considera a este respecto que los Estados miembros deben hacer lo necesario para «garantizar que cualquier persona contra la que se haya tomado alguna medida restrictiva de esta índole disfrute efectivamente de la protección que para ella constituye el ejercicio de dicho derecho a recurrir»⁸⁷³, y que «dicha garantía sería ilusoria si, mediante la ejecución inmediata de una decisión de expulsión, los Estados miembros pudieran privar al interesado de la posibilidad de interponer eficazmente los recursos que prevé la Directiva 64/221»⁸⁷⁴. El Tribunal concluyó, sin ambigüedades, que «no puede ejecutarse ninguna decisión de expulsión [...] antes de que el interesado haya tenido la posibilidad de agotar los recursos que le reconocen los artículos 8 y 9 de la Directiva»⁸⁷⁵.

399. Por otra parte, la Directiva 64/221 establece, en el párrafo 1 del artículo 9:

Cuando no exista la posibilidad de recurso judicial o cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión, o cuando el recurso no tenga efectos suspensivos, la decisión de [...] expulsar del territorio al titular de un permiso de estancia sólo podrá ser adoptada por la autoridad administrativa, salvo en caso de urgencia, previo dictamen de una autoridad competente del país de acogida ante la cual el interesado deberá poder hacer valer sus medios de defensa y hacerse asistir o representar en las condiciones de procedimiento previstas por la legislación nacional.

El texto aclara que la «autoridad competente» debe ser distinta de la facultada para tomar la decisión de expulsión. Son disposiciones que deben adoptarse para otorgarle las debidas garantías procesales a todo nacional de la comunidad que esté en vías de expulsión.

400. Cuando un nacional de la Comunidad se encuentra en situación irregular en un Estado miembro, se formulan otras exigencias. Este problema se planteó ante el Tribunal de Justicia en un caso relacionado con un nacional irlandés expulsado del Reino Unido que al parecer tenía vínculos con actividades terroristas relacionadas con los asuntos de Irlanda del Norte. Según una jurisprudencia constante del Tribunal, la libertad de circulación de las personas debe interpretarse de manera favorable a los nacionales de la Comunidad. Por lo tanto, el juez comunitario hizo una interpretación amplia del párrafo 1 del artículo 9 de la Directiva 64/221 y decidió que éste se refería en realidad a un nacional «de un Estado miembro que ya reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro»⁸⁷⁶, a saber, no solamente los titulares de un permiso de estancia, sino también los ciudadanos que, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, no están obligados a tener ese permiso. Dicho de otro modo, el párrafo 1 del artículo 9 se aplica a las decisiones de expulsión de nacionales de los Estados miembros que residen legalmente en un Estado miembro de acogida, aunque no tengan la obligación de

poseer un permiso de estancia. El Tribunal explicó en su sentencia sobre el asunto *Pecastaing* que, o bien la intervención de una «autoridad competente» deba subsanar la imposibilidad de la persona interesada de apelar ante una jurisdicción, o bien esa intervención debe permitir el examen exhaustivo de la situación planteada, «incluida la oportunidad de la medida prevista, antes de que se adopte definitivamente la decisión», o bien tal intervención debe permitir al interesado solicitar, y eventualmente obtener, la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión prevista, cuando no le sea posible obtenerla de una autoridad judicial⁸⁷⁷. A diferencia del párrafo 1, que se refiere a los titulares de un permiso de estancia contra los cuales una autoridad administrativa no puede adoptar una decisión de expulsión ni denegar la renovación del permiso sin previo dictamen de otra autoridad, el párrafo 2 prevé el caso de personas que ya han sido objeto de una decisión administrativa restrictiva. Los migrantes que posean un permiso de estancia están, por ende, mejor protegidos que los que no lo tienen.

401. La «autoridad competente» prevista en el artículo 9 de la Directiva 64/221 no tiene que ser necesariamente «un órgano jurisdiccional, o [estar] integrada por magistrados»⁸⁷⁸. Sus miembros no deben estar obligatoriamente designados «por un período determinado»⁸⁷⁹. El juez comunitario exige que la autoridad sea «independiente». Según él, los Estados miembros son libres para designarla⁸⁸⁰. Puede tratarse de una «autoridad pública independiente de la autoridad administrativa llamada a adoptar [una medida de expulsión], organizada de manera tal que el interesado tenga derecho a hacerse representar y a hacer valer sus medios de defensa ante ella»⁸⁸¹. Lo importante es, pues, que el interesado pueda defenderse conforme a las normas establecidas en la Directiva y que la autoridad actúe con total independencia y no pueda ser controlada por la autoridad con competencia para adoptar la medida.

402. Surge del análisis que antecede que, además del derecho a estar presente, que no está establecido en el derecho internacional y que da lugar a que haya legislaciones nacionales tan diferentes e incluso opuestas, los demás derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión que acaban de examinarse tienen, como se demostró, fundamentos jurídicos suficientes en el derecho internacional, así como en las legislaciones y la jurisprudencia de numerosos Estados y cuentan en general con el apoyo de la mayoría de los autores especializados en el derecho de los extranjeros, mientras que el derecho a la asistencia jurídica, como ya se vio, se apoya en algunos elementos que pueden permitir establecerlo en el marco del desarrollo progresivo. Cabe proponer asimismo el siguiente proyecto de artículo:

⁸⁷⁷ Asunto *Pecastaing* (nota 867 *supra*), párr. 15.

⁸⁷⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Adoui* (nota 165 *supra*), párr. 16. Véase especialmente también el asunto *Dzodzi* (nota 867 *supra*), párr. 65.

⁸⁷⁹ Asunto *Adoui* (nota 165 *supra*), párr. 16.

⁸⁸⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 22 de mayo de 1980, *Regina c. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Mario Santillo*, asunto 131/79, *Recopilación de Jurisprudencia 1980*, pág. 01585, párr. 19; conclusiones del Abogado General J.-P. Warner, presentadas el 27 de febrero de 1980, *ibíd.*

⁸⁸¹ Asunto *Orfanopoulos y Oliveri* (nota 143 *supra*), párr. 114.

⁸⁷³ *Ibíd.*, párr. 55.

⁸⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 56.

⁸⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 62.

⁸⁷⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de noviembre de 1995, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *John Gallagher*, asunto C-175/94, *Recopilación de Jurisprudencia 1995*, pág. 4253; conclusiones del Abogado General M. M. B. Elmer presentadas el 12 de octubre de 1995, *ibíd.*, pág. 4255. Sobre esta sentencia, véase el comentario de Luby, «Libre circulation des personnes et des services», págs. 535 a 538.

Proyecto de artículo C1. Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión

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

- a) El derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;
- b) El derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión];
- c) El derecho a ser oído;
- d) El derecho a acceder sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;
- e) El derecho a la protección consular;
- f) El derecho a un asesor;
- g) El derecho a asistencia jurídica;
- h) El derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda.

2. Los derechos enumerados en el párrafo 1 *supra* son sin perjuicio de las demás garantías procesales previstas en la ley.

D. Ejecución de la decisión de expulsión

403. La ejecución de las decisiones de expulsión plantea varios problemas. Los Estados están divididos entre la preocupación por la eficacia y el respeto necesario de los derechos fundamentales de la persona afectada por la decisión de expulsar, así como de los convenios internacionales en que son partes. Si el acto de expulsión no se deja sin efecto o si no se lo impugna ante la justicia, la persona afectada tiene la obligación de abandonar el territorio del Estado que la expulsa. La legislación de la mayor parte de los Estados añade a esta obligación de abandonar el territorio la prohibición de regresar. Se trata del caso, especialmente, de Alemania, Bélgica, el Camerún, Dinamarca, España y el Reino Unido⁸⁸².

1. EJECUCIÓN VOLUNTARIA

404. El retorno voluntario del extranjero objeto de la expulsión es el que más respeta la dignidad humana y, al mismo tiempo, el de más fácil gestión administrativa. Se trata de un proceso de expulsión en que la ejecución se negocia entre el Estado que expulsa y el extranjero afectado por la medida de expulsión. En 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa insistió en este retorno voluntario, al afirmar que «[e]l Estado de acogida deberá adoptar medidas que alienten el retorno voluntario, que es preferible al forzado»⁸⁸³. En el mismo sentido, la

Comisión Europea indicó, en su propuesta de directiva sobre el retorno, de 1.º de septiembre de 2005, que la decisión sobre el retorno «establecerá un oportuno plazo para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a menos que haya razones para creer que la persona concernida pudiera fugarse durante dicho período»⁸⁸⁴.

2. EJECUCIÓN FORZADA

405. La expulsión forzada entra en juego cuando el extranjero objeto de la expulsión se niega a abandonar el territorio por voluntad propia; por ejemplo, al oponer resistencia física o al elegir un país de destino que no resulta aceptable. Como estimó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la expulsión forzada «sólo debe ocuparse de las personas que opongan una resistencia manifiesta y persistente, y [...] se la puede evitar mediante un verdadero trabajo de acompañamiento y preparación de la partida, en el marco de la adopción de medidas individuales y de las actividades de seguimiento»⁸⁸⁵. El fracaso del retorno no puede ser el resultado de la negativa del interesado de acatar la orden de expulsión, sino de la negativa del Estado de destino de acoger al expulsado y, en particular, de la negativa de readmisión del Estado de origen. Para facilitar la readmisión, la UE concierta acuerdos bilaterales con terceros Estados. Además, en ocasiones, para el retorno se necesita la colaboración de uno o varios terceros Estados de tránsito. En consecuencia, la Unión procura igualmente establecer una serie de normas en esta esfera.

406. Entre sus principios rectores sobre el retorno forzado de extranjeros en situación irregular, aprobados en mayo de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recordó que

[s]i el Estado de retorno no es el Estado de origen, la decisión de expulsar sólo debe adoptarse si las autoridades del Estado de acogida están convencidas, en la medida de lo razonable, de que el Estado de retorno no expulsará a la persona a un tercer Estado en donde estaría expuesta a un riesgo real [de muerte o malos tratos]⁸⁸⁶.

3. CONDICIONES DEL RETORNO DEL EXPULSADO

407. No basta con que la decisión de expulsión adoptada contra un extranjero sea regular; también es necesario que se la ejecute respetando un cierto número de normas. Como ya se ha dicho, quizás en la ejecución de la expulsión se necesiten medidas de acompañamiento⁸⁸⁷.

a) *Medidas de acompañamiento en materia de retorno*

408. Para garantizar que el expulsado retorne sin tropiezos al país de destino se deben adoptar varias medidas. La mayor parte de las expulsiones se efectúa por vía aérea. Los convenios internacionales de aviación contienen dis-

⁸⁸⁴ Art. 6, párr. 2. Véase la nota 669 *supra*.

⁸⁸⁵ Recomendación n.º 1547(2002) (nota 586 *supra*), párr. 7.

⁸⁸⁶ Veinte principios rectores... (nota 883 *supra*), principio 2. Después de la aprobación de esta decisión, el Reino Unido indicó que se reservaba el derecho de conformarse o no a dicho principio rector.

⁸⁸⁷ Ba, *Le droit international de l'expulsion des étrangers: une étude comparative de la pratique des États africains et de celle des États occidentaux*, pág. 610.

⁸⁸² «L'expulsion des étrangers en situation irrégulière», *Documents de travail du Sénat*, Francia, série Législation comparée, n.º LC 162, abril de 2006.

⁸⁸³ Principio 1, Veinte principios rectores sobre el retorno forzado, Comité de Ministros del Consejo de Europa, 925.ª Reunión de Delegados de Ministros, 4 de mayo de 2005, CM(2005) 40 final, 9 de mayo de 2005.

posiciones concretas que se pueden aplicar a ciertas situaciones en particular o a determinadas categorías de personas, como los expulsados. El anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional contiene disposiciones sobre las personas no admisibles y las expulsadas. Esas disposiciones imponen obligaciones a los Estados contratantes. En lo posible, el vuelo elegido por el Estado que expulsa debe ser directo, sin escalas. Antes del vuelo, ese Estado debe informar al expulsado cuál es el Estado de destino. Para la seguridad del vuelo, el Estado que expulsa debe determinar si el viaje de retorno se debe realizar con o sin un agente de escolta. A tal fin, debe evaluar si la salud y la capacidad física y mental del interesado permiten el retorno por vía aérea, si esta persona acepta o no el retorno y si tiene o ha tenido un comportamiento violento. El Estado que expulsa debe proporcionar esa información, así como el nombre y nacionalidad del agente de escolta, al explotador de la aeronave del caso.

409. Durante el vuelo se debe respetar la dignidad del extranjero expulsado. En el caso de un vuelo con escalas, el régimen del Convenio sobre Aviación Civil Internacional prevé que los Estados contratantes velarán por que un escolta acompañe a la persona deportada hasta su destino final, a menos que las autoridades y el explotador en el lugar de tránsito convengan por adelantado en disposiciones de recambio adecuadas. Además, los Estados deben entregar los documentos de viaje necesarios para el regreso de sus nacionales, ya que si se negaran a hacerlo o se opusieran a su retorno, esas personas quedarían apátridas⁸⁸⁸. Las disposiciones del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves⁸⁸⁹, se aplican cuando una persona, que puede ser un extranjero objeto de expulsión, perturba con sus actos la seguridad del vuelo⁸⁹⁰. Según este Convenio, cuando una persona a bordo cometa o esté a punto de cometer un acto o una infracción que pueda comprometer el buen orden o la seguridad de la aeronave o de otros viajeros, el comandante podrá imponer a tal persona las medidas coercitivas que sean necesarias para mantener el buen orden y la disciplina a bordo⁸⁹¹. También podrá desembarcar a tal persona o entregarla a las autoridades competentes⁸⁹².

410. Antes de que la aeronave que transporta a una persona objeto de una medida de expulsión aterrice en el territorio de un Estado, el comandante debe alertar a dicho Estado de la presencia de tal persona. Corresponde a los Estados contratantes autorizar y asistir al comandante de una aeronave matriculada en otro Estado contratante a desembarcar a esa persona. Sin embargo, el Estado contratante del caso podrá, de conformidad con su legislación

relativa a la admisión de extranjeros, alejar a esa persona de su territorio⁸⁹³.

411. En el marco de la UE, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron en 2002 un reglamento sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil⁸⁹⁴. En ese reglamento se prevé la adopción de medidas respecto de los pasajeros problemáticos, pero sin definir a estos últimos. Con miras a simplificar, armonizar y precisar las normas así establecidas y elevar los niveles de seguridad, en 2006 el Consejo propuso derogar ese reglamento⁸⁹⁵. Sin perjuicio de las disposiciones del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, el nuevo texto se refiere especialmente a «las medidas de seguridad aplicables a bordo de las aeronaves, o durante los vuelos, de las compañías aéreas comunitarias»⁸⁹⁶. Se considera «pasajero potencialmente problemático» al «pasajero que bien ha sido expulsado de un país, bien es considerado inadmisibles a efectos de inmigración, bien viaja custodiado»⁸⁹⁷. Se precisa que los pasajeros deberán estar sometidos a medidas de seguridad adecuadas antes de la partida de la aeronave y en el transcurso del vuelo⁸⁹⁸.

b) *Respeto de los derechos fundamentales de la persona durante el viaje de retorno*

412. Durante el viaje al Estado de destino se deben respetar los derechos fundamentales y la dignidad de los expulsados. No ha sido inusual que durante el viaje de regreso hayan fallecido algunos de ellos. En un informe hecho público el 10 de septiembre de 2001, la Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa dio a conocer casos de violencia y malos tratos sufridos por varios extranjeros durante su expulsión de países europeos, así como de casos de fallecimiento⁸⁹⁹. Se señalaron especialmente los casos de inyección de medicamentos y de golpes recibidos por personas objeto de expulsión⁹⁰⁰. Entre 1998 y 2001 fallecieron diez extran-

⁸⁹³ Art. 15, párr. 2.

⁸⁹⁴ Reglamento (CE) n.º 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 355, 30 de diciembre de 2002, pág. 1. El reglamento se aprobó después de los atentados cometidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. Fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 849/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2320/2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158, 30 de abril de 2004, pág. 1; corrección de errores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 229, 29 de junio de 2004, pág. 3.

⁸⁹⁵ Posición común (CE) n.º 3/2007 aprobada por el Consejo el 11 de diciembre de 2006 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) n.º .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2320/2002, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 70E, 27 de marzo de 2007, pág. 21.

⁸⁹⁶ Considerando 7.

⁸⁹⁷ Art. 3, párr. 18.

⁸⁹⁸ Para las normas relativas al transporte en Europa véase, por ejemplo, Gard, *L'Europe des transports*.

⁸⁹⁹ Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa, informe relativo a los procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, 10 de septiembre de 2001, documento 9196.

⁹⁰⁰ Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, pág. 34.

⁸⁸⁸ Cabe destacar que muchos inmigrantes ilegales no siempre facilitan las cosas. Viajan sin documentos de identificación ni de viaje (pasaporte) y no permiten al Estado que expulsa determinar con certeza de qué Estado son nacionales, o bien indican un Estado de su preferencia con el que no tienen vínculo de nacionalidad alguno, creando problemas al Estado en cuestión, que se encuentra así obligado a recibir a personas que no son de su nacionalidad y que no cumplen los requisitos de entrada y permanencia en su territorio.

⁸⁸⁹ Sobre el Convenio, véase Richard, *La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*.

⁸⁹⁰ El Convenio no se aplica a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas y de policía.

⁸⁹¹ Art. 6, párr. 1.

⁸⁹² Véase la nota precedente.

jeros durante su expulsión de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia o Suiza⁹⁰¹ a raíz de ese tipo de tratos. Alertada de esta situación por varias ONG, entre ellas Amnistía Internacional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señaló este estado de cosas a la atención de los Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁰². Aparentemente esos graves incidentes se debieron a los métodos violentos y peligrosos empleados por los agentes encargados de la ejecución de las expulsiones⁹⁰³ y por los profesionales del transporte. Igualmente, según señaló la Asamblea del Consejo de Europa, el riesgo de malos tratos no sólo lo pueden sufrir los extranjeros a la espera de expulsión⁹⁰⁴, sino que también es posible durante la ejecución de la medida, durante su transporte por avión o buque, así como a su llegada al Estado de destino⁹⁰⁵. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció las «enormes dificultades que en nuestra época afrontan los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista»⁹⁰⁶, pero consideró que el recurso a la fuerza física «debe ser el estrictamente necesario a resultas del propio comportamiento» de una persona sospechada o acusada de la comisión de un acto de esa naturaleza⁹⁰⁷. En 2001, el Comisario de Derechos Humanos recomendó que se impartiera «una formación adecuada al personal de los centros de retención y los funcionarios de los servicios de inmigración o de escolta, a fin de reducir al mínimo el riesgo de malos tratos»⁹⁰⁸.

413. La Asamblea Parlamentaria también señaló que en general las fuerzas de policía y de seguridad no han recibido capacitación para asumir esas responsabilidades⁹⁰⁹. Según la Asamblea, en particular los integrantes de la escolta deberían estar al tanto de los medios coercitivos que se pueden utilizar. En consecuencia, la Asamblea propuso al Comité de Ministros del Consejo de Europa que estableciera un grupo de trabajo encargado de elaborar directrices de buena conducta en materia de procedimientos de expulsión, con miras a orientar a los Estados en la adopción de normas nacionales en esa esfera. El Comité de Ministros aprobó 20 principios rectores sobre el retorno forzado⁹¹⁰. Si bien no se opuso al empleo de distintas formas de restricción sobre la persona del expulsado, sólo considera aceptables las

⁹⁰¹ Recomendación n.º 1547 (2002) (nota 586 *supra*).

⁹⁰² *Ibid.* La información siguiente, relativa a las observaciones y propuestas de la Asamblea Parlamentaria, procede de Ducroquetz, *op. cit.*, págs. 395 y ss.

⁹⁰³ En la práctica, la preparación y ejecución de las expulsiones está a cargo de fuerzas del orden especializadas: policía de fronteras en Alemania y Francia, policía de extranjeros en Grecia y los Países Bajos, fuerzas de seguridad en Austria (Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa, documento 9196 (nota 895 *supra*)).

⁹⁰⁴ Recomendación n.º 1547(2002) (nota 586 *supra*).

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ *Öcalan c. Turquía* (nota 50 *supra*), párr. 218. En este caso, la persona fue transportada por avión, por la fuerza, de Kenya a Turquía. Durante el vuelo fue drogado y maniatado y se le vendaron los ojos.

⁹⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 4 de diciembre de 1995, *Ribitsch c. Austria*, demanda n.º 18896/91, *serie A* n.º 336, párr. 38; véase también Lambert, *op. cit.*, pág. 34.

⁹⁰⁸ Recomendación de 19 de septiembre de 2001 del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en el territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión, CommDH(2001) 1, recomendación 16.

⁹⁰⁹ Recomendación n.º 1547 (2002) (nota 586 *supra*).

⁹¹⁰ Veinte principios rectores... (nota 883 *supra*).

que son «estrictamente proporcionales a la resistencia real» que ofrezca esa persona⁹¹¹. Los principios rectores se elaboraron en asociación con el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes⁹¹². Este último reconoció que la deportación de un extranjero es una «tarea difícil»⁹¹³ y que en ocasiones el empleo de la fuerza es inevitable. De todos modos, consideró que «la fuerza empleada debe limitarse a la estrictamente necesaria; en particular, es totalmente inaceptable que las personas objeto de una orden de alejamiento sean agredidas físicamente para persuadirlas a subir a bordo de un medio de transporte o para castigarlas por no haberlo hecho»⁹¹⁴. En cuanto al alejamiento por vía aérea, ese Comité consideró que el riesgo flagrante de malos tratos se refiere no sólo a la «etapa preparatoria del alejamiento, sino también a la etapa de vuelo propiamente dicho»⁹¹⁵. Indicó que el riesgo nace desde el momento en que el extranjero objeto de la expulsión sale del lugar donde estaba detenido, ya que ha habido casos en que los agentes de escolta han utilizado gases irritantes o han inmovilizado a la persona a fin de esposarla. Igualmente, ese Comité señaló que existe también un riesgo cuando el extranjero embarcado a bordo de la aeronave se niega a sentarse y se resiste a los miembros de la escolta. En consecuencia, recomendó que esas personas sean seleccionadas «con el mayor cuidado y que reciban una formación específica adecuada, a fin de reducir al mínimo el riesgo de malos tratos»⁹¹⁶. Además, invitó a los Estados a establecer sistemas de control y/o supervisión de las operaciones de alejamiento forzado. En esa perspectiva, deberá llevarse un registro de los medios de restricción utilizados o los incidentes producidos⁹¹⁷.

414. Además, el Comisario de Derechos Humanos consideró que se debe prohibir la utilización de objetos que puedan causar asfixia (cojines, esparadrapo, mordazas, cascos), gases peligrosos y medicamentos o inyecciones sin decisión médica⁹¹⁸. Cuando la expulsión se efectúa por avión, el Comisario también prohíbe el uso de esposas durante el despegue y aterrizaje. En el mismo sentido, la Comisión Europea considera que se debe poder proceder a la deportación aun cuando el interesado se resista físicamente a la expulsión, y reconoce que en ocasiones se deben utilizar medidas coercitivas⁹¹⁹. De todos modos, considera que estas últimas se deben adoptar respetando la integridad física y el estado psicológico del extranjero. La Comisión Europea sugirió la utilización de directrices en materia

⁹¹¹ *Ibid.*, principio 19, párr. 1.

⁹¹² Consejo de Europa, CPT/Inf (2005) 17.

⁹¹³ Consejo de Europa, CPT/Inf (97) 10, párr. 36.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ Consejo de Europa, CPT/Inf (2003) 35, párr. 31.

⁹¹⁶ *Ibid.*, párr. 42.

⁹¹⁷ *Ibid.*, párrs. 44 y 45.

⁹¹⁸ Recomendación del Comisario de Derechos Humanos (nota 908 *supra*), recomendación 17.

⁹¹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM(2002) 564 final, 14 de octubre de 2002. Véase también la propuesta de directiva relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (art. 10, párr. 1) (nota 669 *supra*). Para una visión de conjunto, véase Ducroquetz, *op. cit.*, págs. 395 y 396.

de expulsión y escolta, en particular las del grupo de trabajo de autoridades de control de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA)⁹²⁰. El objetivo de la IATA es proporcionar a los Estados una guía de buenas prácticas para las expulsiones que se realicen en vuelos comerciales, respetando el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. De ese modo se establecen normas de cooperación entre los operadores y los Estados interesados⁹²¹. Además, se prefiere el uso de vuelos directos y, en caso de vuelos en tránsito, se recomienda que la escolta permanezca con el expulsado y que la espera sea lo más corta posible⁹²². Igualmente, el piloto, informado de la presencia de uno o más expulsados y de la posible escolta, por razones de seguridad puede negarse a embarcar ciertas personas que deban ser expulsadas⁹²³. En particular, el piloto debe justificar su decisión de manera objetiva, sobre la base del comportamiento de esas personas al momento del embarque o antes del embarque⁹²⁴.

415. La dignidad de la persona expulsada no es lo único que se debe respetar. Durante la ejecución de la medida de alejamiento del extranjero objeto de expulsión también se debe garantizar la seguridad de los demás pasajeros. El Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó en tal sentido que se debe garantizar «el mismo nivel de seguridad a los demás pasajeros y los miembros de la tripulación que al propio interesado»⁹²⁵. En sus directrices, la IATA indicó que, antes de ser sujetados físicamente, los expulsados deben ser embarcados con la mayor discreción posible⁹²⁶.

416. Como se ha visto, las medidas que se deben adoptar para el traslado del extranjero expulsado al Estado de destino dimanán del Convenio sobre Aviación Civil Internacional y del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, así como de propuestas hechas en el marco de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la base de las infracciones constatadas contra los derechos humanos y de las personas expulsadas durante la deportación, en particular los atentados contra su dignidad humana. Las infracciones observadas en tal sentido fueron en ocasiones extremadamente graves, ya que dieron lugar en algunos casos al fallecimiento de la persona afectada. Sin embargo, el Relator Especial no considera que, para esta etapa del proceso de expulsión, corresponda elaborar un proyecto de artículo específico relativo a la protección de los derechos humanos de los expulsados, incluso a título de desarrollo progresivo. El Relator Especial considera que la protección necesaria

en este caso está contemplada en la obligación general de tratar al extranjero objeto de la expulsión con dignidad y de proteger sus derechos humanos, obligación que figura en los proyectos de artículos 8 y 9, propuestos inicialmente en el quinto informe sobre la expulsión de extranjeros⁹²⁷ y remitidos posteriormente por la Comisión al Comité de Redacción tal como fueron reformulados por el Relator Especial en los Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria⁹²⁸. Para cumplir esta obligación quizás sea necesario, por ejemplo, aplicar las directrices sobre expulsión y escolta elaboradas por la IATA mencionadas precedentemente. De todos modos, dado que es una cuestión que merece la mayor atención, pues es en esta etapa de la expulsión en la que generalmente se ejerce violencia contra los afectados, se propone a continuación un proyecto de artículo de carácter general relativo a las condiciones del retorno de la persona objeto de expulsión a su Estado de destino, y que reenvía a los instrumentos internacionales pertinentes:

Proyecto de artículo D1. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino

1. El Estado que expulsa alentará al extranjero objeto de expulsión a que ejecute voluntariamente la decisión.

2. En caso de ejecución forzada de la decisión de expulsión, el Estado que expulsa adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, que el extranjero objeto de expulsión sea trasladado ordenadamente al Estado de destino, respetando las normas del derecho internacional, especialmente las relativas al transporte aéreo.

3. En todos los casos, el Estado que expulsa otorgará al extranjero objeto de expulsión un plazo adecuado para preparar su partida, a menos que haya razones para creer que el extranjero en cuestión pudiera darse a la fuga durante ese período.

417. Mientras que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo se remiten a la codificación, ya que derivan especialmente de instrumentos internacionales universales en materia de transporte aéreo, incluidas las directrices del grupo de trabajo de la IATA en materia de expulsión y escolta, las disposiciones del párrafo 3 corresponden al desarrollo progresivo del derecho internacional: por una parte, expresan el deseo de proteger los derechos de la persona objeto de expulsión, y por la otra, encuentran apoyo en la Directiva 2008/115/CE⁹²⁹ sin que por ello pueda decirse que se fundamente en el derecho internacional general.

⁹²⁰ IATA/Grupo de trabajo en materia de expulsión y escolta, *Guidelines on Deportation and Escort*, octubre de 1999, revisadas sin modificación en mayo de 2003. En las directrices se define al deportado como la persona que ha entrado legal o ilegalmente a un Estado y a quien las autoridades de ese Estado han ordenado salir de su territorio (párr. 2.1).

⁹²¹ Por ejemplo, en las directrices se prevé que el Estado que expulsa debe informar al operador del nombre, la edad y la nacionalidad de la persona expulsada, el Estado de destino y el nombre y la nacionalidad de los agentes de escolta (ibíd., párr. 3.4).

⁹²² Ibíd., párrs. 3.6, 4.6 y 8.7.

⁹²³ Ibíd., párrs. 1.2 y 3.10.

⁹²⁴ Ibíd., párr. 8.5.

⁹²⁵ Veinte principios rectores... (nota 883 *supra*), principio 17.

⁹²⁶ *Guidelines on Deportation and Escort* (nota 920 *supra*), párr. 6.4.

⁹²⁷ Véase la nota 1 *supra*.

⁹²⁸ Véase la nota 2 *supra*.

⁹²⁹ Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 348, 24 de diciembre de 2008, pág. 98.

CAPÍTULO V

Recurso contra la decisión de expulsión

A. Fundamentos de derecho internacional y derecho interno

418. En el presente informe ya se mencionó brevemente el derecho del extranjero objeto de expulsión a contar con un recurso eficaz como una de las reglas procesales en el marco de un derecho más amplio, el de impugnar la decisión de expulsión. En el presente capítulo se examina en más detalle este derecho a un recurso, por un lado para establecer su fundamento tanto en el derecho internacional como en el derecho interno de los Estados y, por otro, para examinar sus efectos en la decisión de expulsar, así como las vías que se le ofrecen al extranjero para su ejercicio pleno.

419. En el proyecto de reglamentación de la expulsión de los extranjeros, presentado por el Sr. Féraud-Giraud en 1891, en la sesión de Hamburgo del Instituto de Derecho Internacional, la comisión de estudio establecida para examinar el derecho de admisión y de expulsión de extranjeros indicó que

cada Estado determina las garantías y los recursos aplicables a esta medida [...] y no puede [...] eliminar un derecho de acción directa que permita satisfacer reclamaciones justas, ni eximirse de este modo de la responsabilidad que le incumbe, con arreglo al derecho público internacional, de satisfacer esas reclamaciones [...]. El Estado puede asegurar el efecto de los actos de expulsión sometiendo al expulsado que los contravenga a un proceso [...] y a penas, a cuya expiración el expulsado será obligado a salir por la fuerza de su territorio⁹³⁰.

420. De manera general, los extranjeros objeto de expulsión pueden exigir que se respeten las garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en tal sentido:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

En el mismo sentido, el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos estipula:

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

421. Igualmente, el artículo 13 ya citado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos da al extranjero que se encuentra legalmente en el Estado que expulsa el derecho a recurrir contra la expulsión, pero sin precisar el tipo de órgano que debe conocer del recurso. El Comité de Derechos Humanos ha recordado que el derecho a recurrir y las demás garantías previstas en el artículo 13 del Pacto sólo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». También ha subrayado que el recurso concedido al extranjero debe ser efectivo:

Se debe dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo

⁹³⁰ «Droit d'admission et d'expulsion des étrangers», pág. 279.

en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional»⁹³¹.

422. Al examinar en 2001 el informe de la República Árabe Siria, el Comité de Derechos Humanos precisó que una reclamación ante las misiones diplomáticas y consulares del Estado que expulsa no constituía una solución satisfactoria con arreglo al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

A juicio del Comité, las facultades discrecionales del Ministro del Interior de ordenar sin garantías la expulsión de cualquier extranjero, si así lo exigen la seguridad y el interés público, plantean problemas en lo que respecta al artículo 13 del Pacto, sobre todo si el extranjero ha entrado en territorio sirio de manera legal y ha obtenido un permiso de residencia. Las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirias no constituyen una solución satisfactoria por lo que respecta al Pacto⁹³².

423. El artículo 1 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone que «[u]n extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado» debe poder «hacer que su caso sea examinado». Igualmente, el artículo 83 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el párrafo 5 del artículo 9 de la Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes también exigen que sea posible recurrir la decisión de expulsión.

424. El derecho a un recurso también fue consagrado por la Asamblea General, en términos idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven:

Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a la expulsión y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas⁹³³.

425. Como ya se ha señalado (párr. 371 *supra*), en su Recomendación general n.º 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial subrayó la necesidad de contar con un recurso efectivo en caso de expulsión y recomendó a los Estados partes en la Convención

⁹³¹ A/41/40 (nota 601 *supra*), anexo VI, Comentario general sobre la situación de los extranjeros en virtud del Pacto (n.º 15), párr. 10. En *Eric Hammel c. Madagascar* (nota 813 *supra*), párr. 19.2, el Comité consideró que el solicitante no había podido disponer de un recurso efectivo contra su expulsión.

⁹³² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40*, vol. I (A/56/40), párr. 82, apdo. 22.

⁹³³ Véase la nota 579 *supra*.

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

velar por que [...] los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos⁹³⁴.

426. Como se indica más arriba (párr. 420), el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos consagra el derecho a un recurso efectivo contra la violación de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio, especialmente en caso de expulsión⁹³⁵. Dicho artículo dispone:

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

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este artículo tiene por consecuencia exigir un recurso interno que permita que la instancia nacional competente conozca del fondo de una reclamación basada en el Convenio y ofrezca la solución adecuada, si bien los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de cumplir las obligaciones que les impone esta disposición⁹³⁶.

427. En el marco del Consejo de Europa, se establece que el recurso debe ser asequible, es decir, que si el interesado no cuenta con recursos suficientes para valerse de los servicios de un letrado deberá disponer de ellos gratuitamente⁹³⁷.

428. En cuanto al efecto suspensivo del recurso, el Comité de Ministros del Consejo de Europa consideró que, de no estar previsto en la ley, «la solicitud de suspender la ejecución de una decisión de expulsión debería ser debidamente examinada teniendo en cuenta las necesidades de la seguridad nacional»⁹³⁸.

429. El recurso puede limitarse a cuestionar la legalidad de la decisión de expulsión, sin referirse a los fundamentos de hecho que la han motivado⁹³⁹. A este respecto, se ha hecho una distinción entre una audiencia, en donde se abordan cuestiones de hecho y de derecho, y una apelación, que se circunscribe a cuestiones de derecho⁹⁴⁰.

430. En lo que respecta al caso particular de los refugiados, la Convención sobre el estatuto de los refugiados establece ciertos requisitos de forma que deben observarse en el procedimiento de expulsión de quienes se encuentran legalmente en el territorio de un Estado, a saber: a) la

decisión de expulsar debe tomarse conforme a los procedimientos legales vigentes⁹⁴¹, como ya se ha visto; b) el refugiado tiene derecho a presentar pruebas exculpatorias; c) el refugiado tiene derecho a formular recurso ante la autoridad competente, y d) el refugiado tiene derecho a hacerse representar a los efectos de la apelación ante dicha autoridad. Cabe señalar que esas garantías procesales dejan de aplicarse cuando «se opongán a ello razones imperiosas de seguridad nacional»⁹⁴².

431. En su comentario sobre la Convención, Robinson examina los requisitos de forma que se enumeran a continuación. En cuanto al derecho del refugiado de presentar pruebas exculpatorias, sostiene lo siguiente:

Además, debe concedérsele el derecho de apelar y hacerse representar por un abogado ante la autoridad que según el ordenamiento del país sea competente para resolver la apelación o ante el órgano superior al que adoptó la decisión; si la decisión procede de una autoridad cuyas decisiones no son apelables, debe otorgársele la posibilidad de celebrar una nueva audiencia en lugar de apelar. La autoridad en cuestión podrá designar a funcionarios encargados de oír las alegaciones. No obstante, estas garantías pueden obviarse por «razones imperiosas de seguridad nacional», por ejemplo cuando en interés de la seguridad nacional debe adoptarse una decisión en un plazo tan breve que la autoridad no pueda conceder al refugiado el tiempo necesario para reunir las pruebas o trasladarle al lugar pertinente, o cuando la audiencia pueda ser perjudicial para los intereses de la seguridad nacional (por ejemplo, en casos de espionaje). Dado que el párrafo 2 se refiere a «razones imperiosas», debe tratarse de motivos verdaderamente graves, de modo que la excepción sólo podrá aplicarse raramente y en casos muy excepcionales⁹⁴³.

432. En la causa *Pagoaga Gallastegui*, el Consejo de Estado de Francia interpretó en los términos siguientes el derecho de un refugiado contra quien podía dictarse un orden de expulsión a ser oído y a apelar con arreglo a la legislación nacional aplicable:

[C]on independencia del derecho a recurrir la decisión de expulsión en las circunstancias previstas en la Ley de 25 de julio de 1952, antes de que se dicte la decisión el refugiado tiene derecho a ser oído por la Comisión Especial establecida ante el Prefecto en virtud del artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945. De ello se desprende que la decisión de expulsar a un refugiado no puede en principio adoptarse legalmente si no se ha cumplido el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto de 18 de marzo de 1946 en su forma enmendada por el Decreto de 27 de diciembre de 1950. Sin embargo, esta regla encuentra una excepción en el artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945 en casos o circunstancias de máxima urgencia en que sea imposible posponer la ejecución de la orden de expulsión hasta que se cumplan las formalidades previstas en las disposiciones legales y reglamentarias anteriormente indicadas⁹⁴⁴.

⁹³⁴ Véase la nota 822 *supra*. Véanse igualmente las observaciones finales del Comité respecto de Francia (nota 821 *supra*), párr. 144 (donde se consagra el derecho de apelación).

⁹³⁵ En cambio, parece menos clara la aplicabilidad, en casos de expulsión, del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos; véase Gaja, *loc. cit.*, págs. 309 y 310.

⁹³⁶ Causa *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 145.

⁹³⁷ Veinte principios rectores... (nota 883 *supra*).

⁹³⁸ Véase la nota 748 *supra*.

⁹³⁹ Véase Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 274, en que se cita el asunto *Neer* (1926) [Naciones Unidas, RSA, vol. IV, pág. 60].

⁹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 265.

⁹⁴¹ En la causa *Ceskovic* (nota 250 *supra*), un tribunal australiano examinó si la expresión «conforme a los procedimientos legales vigentes» del artículo 32 debía interpretarse con arreglo al derecho de los Estados Unidos y afirmó que la «definición» de esa expresión parecía ser congruente con el resto del párrafo citado (art. 32, párr. 2) y que, en esas circunstancias, se podía considerar que al solicitante se le habían aplicado los «procedimientos legales vigentes». Así pues, no era necesario hacer referencia a otras definiciones cuando del texto de la Convención podía extraerse una definición suficientemente precisa de la expresión en ese contexto.

⁹⁴² «Al tratarse de una excepción, esta disposición está sujeta a una interpretación restrictiva» (Grahls-Madsen, *op. cit.*, comentario al artículo 32, párr. 8 *in fine*).

⁹⁴³ Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, pág. 159. Véase también Grahls-Madsen, *op. cit.*, párr. 7.

⁹⁴⁴ *Pagoaga Gallastegui c. le Ministre de l'Intérieur*, 27 de mayo de 1977, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, 1977, págs. 245 y 246; véase también ILR, vol. 74, págs. 430 a 444.

433. En lo que respecta a los solicitantes de asilo, en 1998 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación sobre el derecho a un recurso efectivo de los solicitantes de asilo cuya solicitud hubiera sido rechazada y fueran a ser expulsados⁹⁴⁵ en la que tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del artículo 13, en relación con el artículo 3, del Convenio europeo de derechos humanos. Respecto de la aplicación de sus normas procesales, ese Comité recomendó a los Estados miembros que respetaran ciertas garantías «en su legislación o en su práctica»⁹⁴⁶, al sostener que «todo recurso que se interponga ante una instancia nacional se considera efectivo si [...] suspende la ejecución de la orden de expulsión» hasta que esa instancia se haya expedido sobre el recurso interpuesto por el solicitante de asilo cuya solicitud ha sido rechazada y que «invoca un perjuicio fundado, argumentando que sería sometido a tortura o a penas o tratos, inhumanos o degradantes»⁹⁴⁷. Ese Comité recordó ese efecto suspensivo en 2005⁹⁴⁸.

434. Por lo tanto, el derecho del extranjero a solicitar la revisión de una decisión de expulsión por un órgano competente se encuentra consagrado en el derecho convencional, la jurisprudencia internacional, el derecho interno y la doctrina⁹⁴⁹. Se ha señalado que no debe tratarse necesariamente de un control jurisdiccional. También se ha observado que la expulsión debe suspenderse durante el procedimiento de control⁹⁵⁰ y que el extranjero debe estar informado, como ya se ha indicado, de su derecho a interponer el recurso⁹⁵¹.

435. Con respecto al caso de los inmigrantes que se encuentran en situación irregular, como ya se ha visto (párr. 183 *supra*), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha subrayado asimismo que corresponde otorgar un recurso al extranjero que ha sido expulsado:

La Comisión no desea cuestionar ni está poniendo en tela de juicio el derecho de un Estado a entablar acciones judiciales contra los inmigrantes ilegales y deportarlos a su país de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. No obstante, considera que es inaceptable deportar a las personas sin darles la posibilidad de defenderse ante los tribunales nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional⁹⁵².

436. Asimismo, en el caso *Amnesty International c. Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de

los Pueblos consideró que Zambia había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al haber privado a una persona de la posibilidad de impugnar una orden de expulsión:

36. Zambia violó el artículo 7 de la Carta al denegar al solicitante la posibilidad de hacer uso de los procedimientos administrativos que se encontraban a su alcance en virtud de la Ley de nacionalidad.

[...]

38. La situación de John Chinula es incluso peor. No tuvo ninguna posibilidad de impugnar la orden de expulsión. El Gobierno no puede afirmar en modo alguno que Chinula se hubiera ocultado en 1974 tras el vencimiento de su permiso de residencia. No cabe duda de que Chinula era un hombre de negocios y político eminente. El Gobierno podría haber tomado medidas en su contra si hubiera querido hacerlo. El hecho de que no lo hiciera no justifica el carácter arbitrario de su detención ni de su deportación, ocurrida el 31 de agosto de 1994. Chinula también tenía derecho a ser oído por las autoridades jurisdiccionales de Zambia. Por lo tanto, Zambia infringió el artículo 7 de la Carta⁹⁵³.

437. Además, recordando el tenor del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 7, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos llegó a la siguiente conclusión:

53. Al negar al Sr. Chinula la posibilidad de interponer una apelación contra la decisión que ordenaba su expulsión, el Gobierno de Zambia lo privó del derecho a ser oído, en violación de todas las leyes de Zambia y de las normas internacionales de derechos humanos⁹⁵⁴.

438. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado que el extranjero expulsado del territorio de un Estado miembro debería tener derecho a un recurso con efectos suspensivos que tendría que examinarse en un plazo de tres meses desde la fecha de la orden de expulsión:

En lo que respecta a la expulsión:

[...]

2) toda decisión de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería ir acompañada del derecho a un recurso con efectos suspensivos;

3) en caso de que se interponga un recurso contra la orden de expulsión, el procedimiento de apelación debería concluir en un plazo de tres meses desde el momento en que se dictó la orden de expulsión⁹⁵⁵.

439. Asimismo, en el artículo 3, párr. 2, el Convenio europeo de establecimiento dispone que

⁹⁵³ Comunicación n.º 212/98 (nota 763 *supra*).

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Recomendación 1624 (2003) (nota 751 *supra*), párr. 9. Además, la Asamblea Parlamentaria consideró que el derecho a recurrir también era aplicable a los extranjeros en situación ilegal (Recomendación 769 (1975) sobre la condición jurídica de los extranjeros):

«9. Un extranjero que no posea un permiso válido de residencia sólo podrá ser expulsado del territorio de un Estado Miembro por razones jurídicas específicas que no sean de orden político ni religioso. Esta persona tendrá el derecho y la posibilidad de interponer un recurso ante una autoridad independiente de apelación antes de que se efectúe la expulsión. Debería considerarse si también tendrá derecho a exponer sus razones ante un magistrado, o si este derecho podrá ejercerse de manera alternativa al primero. A la persona habrán de comunicársele sus derechos. Si recurre a un tribunal o a una alta autoridad administrativa, no podrá procederse a su expulsión mientras su recurso esté pendiente de examen.

10. Toda persona poseedora de un permiso de residencia válido sólo podrá ser expulsada del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una orden judicial firme».

⁹⁴⁵ Recomendación n.º R (1998) 13, de 18 de septiembre de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el derecho de los solicitantes de asilo a un recurso efectivo contra las decisiones de expulsión que rechazan su solicitud en el contexto del artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, preámbulo

⁹⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 1 y 2.

⁹⁴⁸ Veinte principios rectores... (nota 883 *supra*).

⁹⁴⁹ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 658 a 687 y las referencias citadas en la primera nota del párrafo 657; Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 91; Plender, *op. cit.*, pág. 472; Brochard, *op. cit.*, págs. 50, 52 y 55.

⁹⁵⁰ Véase también Consejo de Europa, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997.

⁹⁵¹ Véase Nowak, *op. cit.*, pág. 231 (en referencia, respectivamente, a los casos *Pinkney v. Canadá* (n.º 27/1978, párrs. 6 y 12 a 16), y *Cañón García* (n.º 319/1988, párr. 2.4)).

⁹⁵² Comunicación n.º 159/96 (nota 427 *supra*), párr. 20.

a menos que consideraciones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, un nacional de una Parte contratante que haya residido legalmente durante más de dos años en el territorio de otra Parte no podrá ser expulsado si no se le ha permitido antes exponer las razones que le asistan en contra de la expulsión y recurrir y estar representado para tal fin ante una autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por esa autoridad.

440. El derecho a impugnar una orden de expulsión también ha sido destacado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. Weissbrodt, incluso en el caso de aquellos que sean sospechosos de haber cometido actos de terrorismo:

No debe expulsarse a los no ciudadanos sospechosos de terrorismo sin que tengan la oportunidad de impugnar su expulsión por la vía legal⁹⁵⁶.

441. En la OIT se señaló que Etiopía había denegado a algunos trabajadores expulsados el derecho a recurrir a un órgano independiente:

Refiriéndose a la cuestión del derecho de apelación previsto en el artículo 4, el Comité [observa que] la existencia de un derecho de apelación, si bien constituye una condición necesaria para aplicar la excepción al principio del Convenio, no basta de por sí. Debe existir un órgano de apelaciones separado de la autoridad administrativa o gubernamental y que ofrezca una garantía de objetividad e independencia. Este órgano debe tener competencia para conocer los motivos de la medida adoptada contra el demandante y que éste esté en condiciones de defenderse sin reservas. El Comité, tomando nota de la declaración del Gobierno de que los deportados tuvieron derecho a presentar un recurso en apelación ante el órgano de revisión del Departamento de Inmigración, señala que este órgano, de hecho forma parte de la autoridad gubernamental. [...] El Comité señala también que, si bien el Gobierno de Etiopía indicó que por lo menos algunas de las personas interesadas apelaron contra las órdenes de deportación, no se ha proporcionado información sobre el número de estos casos ni sobre los resultados de dichos procesos. Por consiguiente, el Comité no puede concluir que las personas deportadas tuvieron efectivamente derecho a presentar un recurso en apelación como el previsto en el artículo 4 del Convenio⁹⁵⁷.

442. Asimismo, cabe mencionar la normativa de la UE relativa a la expulsión de los ciudadanos de la Unión y de nacionales de terceros países. En lo que respecta a los ciudadanos de la Unión, la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, dispone lo siguiente en su artículo 31 (Garantías procesales):

1. Cuando se tome una decisión contra él por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, el interesado podrá interponer los recursos judiciales y, en su caso, administrativos del Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma.

2. Cuando la solicitud de recurso judicial o administrativo de la decisión de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una orden provisional de suspensión de la ejecución de dicha decisión, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la orden provisional excepto si:

— la decisión de expulsión se basa en una decisión judicial anterior, o si

— las personas afectadas han tenido acceso previo a la revisión judicial, o si

— la decisión de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública conforme al apartado 3 del artículo 28.

3. El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 28.

4. Los Estados miembros podrán rechazar la presencia del interesado en su territorio durante el procedimiento de recurso, pero no podrán prohibirle que presente su defensa en persona en la vista excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública o cuando el recurso judicial o administrativo se refiera a una denegación de entrada en el territorio⁹⁵⁸.

443. En cuanto a los nacionales de terceros países, cabe mencionar la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, cuyo artículo 4 dispone que:

Los Estados miembros se cerciorarán de que el nacional de un tercer país podrá recurrir contra toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1, según la legislación del Estado miembro de ejecución [de la decisión de expulsión]⁹⁵⁹.

También debe recordarse que, como se señaló más arriba (párr. 386 *supra*), la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, prevé en su artículo 12, párr. 12, que

[u]na vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate⁹⁶⁰.

444. En el plano doctrinal, ya en 1892 el Instituto de Derecho Internacional subrayó que el extranjero expulsado debía poder acceder a un procedimiento que le permitiese recurrir ante una autoridad independiente que fuera competente para examinar la legalidad de la expulsión. No obstante, el Instituto opinaba que una expulsión podía efectuarse a título provisional independientemente de que se hubiera interpuesto un recurso y que no era necesario conceder recursos a los «extranjeros que, en época de guerra o de inminencia de guerra, pongan en peligro la seguridad del Estado con su conducta» (art. 28, párr. 10, de la resolución relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros adoptada por el Instituto):

Toda persona contra la que se haya dictado una orden de expulsión, tendrá derecho, si afirma ser nacional del país o sostiene que la expulsión es contraria a una ley o un acuerdo internacional que la prohíbe o excluye expresamente, a interponer recurso ante un tribunal judicial o administrativo superior que actúe con plena independencia del gobierno. Sin embargo, la expulsión podrá efectuarse a título provisional, independientemente del recurso⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Prevención de la discriminación, Los derechos de los no ciudadanos, Informe final del Relator Especial (E/CN.4/Sub.2/2003/23), párr. 28.

⁹⁵⁷ OIT, Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (n.º 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Trabajadores de Eritrea (NCEW), documento GB.279/18/2, párr. 50.

⁹⁵⁸ Véase la nota 130 *supra*.

⁹⁵⁹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 149, 2 de junio de 2001, pág. 34.

⁹⁶⁰ Véase la nota 850 *supra*.

⁹⁶¹ «Règles internationales...», art. 21.

445. Las leyes nacionales⁹⁶² discrepan en cuanto a permitir⁹⁶³ o no⁹⁶⁴ que se revise una decisión de expulsión. Asimismo algunas legislaciones autorizan la reapertura del caso o la reconsideración de la decisión pertinente⁹⁶⁵, incluso con respecto a una nueva solicitud de que se conceda la condición de persona protegida⁹⁶⁶; confieren expresamente al gobierno la facultad de recurrir la decisión⁹⁶⁷; prohíben la apelación o ciertos recursos contra la orden de expulsión cuando el extranjero expulsado constituya una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, o haya participado presuntamente en actos de terrorismo⁹⁶⁸; permiten que ciertos recursos sólo puedan ser interpuestos por extranjeros que no estén en el territorio del Estado⁹⁶⁹;

⁹⁶² El análisis que sigue sobre la legislación y jurisprudencia nacionales retoman los párrafos 680 a 687 del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*).

⁹⁶³ Argentina, Ley de 2004, arts. 74 y 75, 77 a 81, 84 y 85; Australia, Ley de 1958, art. 202, 2), c) y 3), c); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 20 y Ley de 1998, arts. 15 y 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 8, 2), 21, 2), 62, 5) y 76, 6); Canadá, Ley de 2001, arts. 63, 2), 3) y 5), 64, 66, 67 y 72 a 74; Chile, Decreto de 1975, art. 90; España, Ley de 2000, art. 26, 2); Francia, Código, arts. L.213-2, L.513-3, L.514-1 2), L.524-4 y L.555-3; Grecia, Ley de 2001, art. 44, 5); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 131; Hungría, Ley de 2001, art. 42, 1); Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 12, Reglamento de 1973, art. 16; Italia, Ley de 2005, arts. 3, 4) y 5), Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, arts. 13, 3), 5 *bis*, 8), 11), 13 *bis*, 1), 4) y 14, 6), Ley n.º 40 de 1998, art. 11, 8) a 11), Decreto Ley de 1996, arts. 7, 1) y 3); Japón, Orden de 1951, arts. 10, 9) y 10), 11, 1), 48, 8) y 9) y 49; Lituania, Ley de 2004, art. 136; Malasia, Ley de 1959/1963, arts. 9, 8) y 33, 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 21, 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 86, 1) y 2); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22, 2), 23 y 121; República Checa, Ley de 1999, art. 172; República de Corea, Ley de 1992, art. 60, 1), Decreto de 1993, arts. 74 y 75, 1); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8, 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, arts. 7.1 a 8 y 7.11 a 18; Suiza, Reglamento de 1949, art. 20, 2) y Ley Federal de 1931, art. 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 210, e), 3), 235, b), 3), 238, a), 3), A), b), 3), c), 3), 242, a), 1), 5), b), 9), c) a g) y 505. Este derecho puede conferirse expresamente cuando el extranjero represente presuntamente una amenaza para la seguridad nacional (Australia, Ley de 1958, art. 202, 2), c) y 3), c); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 505; Italia, Ley de 2005, art. 3, 4) y 5); la decisión atañe a la condición de persona protegida alegada por el extranjero (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 6); Suecia, Ley de 1989, art. 7.4 y 5); o la decisión recurrida es una denegación de la solicitud del extranjero expulsado de volver a entrar en el Estado que lo expulsó (Belarús, Ley de 1998, art. 29; Francia, Código, art. L.524-2).

⁹⁶⁴ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 28, 2), 44, 1), 49, 3), 71, 6), 78, 1) y 84, 2); Canadá, Ley de 2001, art. 64; Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33, 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 30, 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242, a), 2) y 3). En algunos casos, se excluye específicamente la posibilidad de recurrir cuando se trata de decisiones relativas al otorgamiento de la condición de persona protegida o la concesión de permisos por razones humanitarias (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 49, 3), 78, 1) y 84, 2)) o cuando la expulsión o devolución se basa en determinadas razones (Canadá, Ley de 2001, art. 64; Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33, 2)).

⁹⁶⁵ Brasil, Ley de 1980, art. 71; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 130; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, b), 5), C) y D), c), 6) y 7).

⁹⁶⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, c), 6) y 7).

⁹⁶⁷ Canadá, Ley de 2001, arts. 63, 4), 70, 1) y 2) y 73; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 235, b), 3), 238, c), 3), A), i) y 505, c); Suiza, Ley Federal de 1931, art. 20, 2). En algunos Estados este derecho se confiere específicamente con respecto a solicitudes de otorgamiento de la condición de persona protegida (Canadá, Ley de 2001, art. 73) o a medidas relativas a extranjeros que presuntamente hayan participado en actos de terrorismo (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 505, c), 1)).

⁹⁶⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 64, 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad; arts. 242, a), 1), B), ii) y 504, k).

⁹⁶⁹ Argentina, Ley de 2004, art. 35; Francia, Código, art. L.524-3. En algunos Estados, este recurso va acompañado de una solicitud de

confieren específicamente el derecho de interponer un recurso a los residentes permanentes⁹⁷⁰ o a las personas protegidas⁹⁷¹, o reservan el examen del recurso a un tribunal interno, incluso para las reclamaciones planteadas en virtud de convenios internacionales⁹⁷².

446. Otras legislaciones exigen que en la orden de expulsión se informe al extranjero de todos los recursos que puede interponer⁹⁷³. Según el caso, el recurso puede interponerse a partir de la fecha en que se dicta la orden de expulsión⁹⁷⁴, de su notificación al interesado o del momento en que se le comunican sus fundamentos⁹⁷⁵. En algunos Estados, la apelación tiene efectos suspensivos⁹⁷⁶, y en otros no⁹⁷⁷. En algunas legislaciones se prevé la suspensión de la orden de expulsión cuando el extranjero haya sido expulsado o es probable que lo sea⁹⁷⁸; o por solicitud de un organismo internacional competente, a menos que se den circunstancias excepcionales que obliguen a no conceder la suspensión⁹⁷⁹. En algunos Estados puede imponerse pena de prisión al funcionario que haya expulsado a un extranjero sin mediar resolución expresa firme y ejecutoriada⁹⁸⁰. En otros Estados, si no se ha resuelto la

levantamiento de la prohibición de volver a entrar en el país (Francia, Código, arts. L.541-2 y L.541-4).

⁹⁷⁰ Canadá, Ley de 2001, art. 63, 2).

⁹⁷¹ *Ibíd.*, art. 63, 3).

⁹⁷² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242, a), 4) y 5).

⁹⁷³ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 8, 2) y 76, 6); Francia, Código, art. L.213-2; Japón, Orden de 1951, arts. 10, 9) y 48, 8); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22, 2) y 120, 2); República de Corea, Decreto de 1993, art. 74; Suiza, Ley Federal de 1931, art. 19, 2). En algunos casos este requisito sólo se refiere a la decisión sobre el otorgamiento de la condición de persona protegida (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76, 6)).

⁹⁷⁴ Argentina, Ley de 2004, art. 35, y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238, b), 3) y 240, b), 1).

⁹⁷⁵ Argentina, Ley de 2004, arts. 75 y 84; Belarús, Ley de 1998, art. 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 21, 2), 43, 1), 62, 5), 70, 1); Canadá, Ley de 2001, arts. 72, 2), b) y 169, f); Hungría, Ley de 2001, art. 42, 1); Irán (República Islámica del), Reglamento de 1973, art. 16; Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 86.

⁹⁷⁶ Argentina, Ley de 2004, art. 82; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 20 y Ley de 1998, art. 31; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 43, 2), 44, 2), 49, 4), 58, 1), 78, 2) y 84, 3) y 4); Canadá, Ley de 2001, arts. 49, 1), 68 y 70, 1) y 2); Chile, Decreto de 1975, art. 90; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101, a), 47), B) y 242, f); Francia, Código, art. L.513-3; Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 12; Italia, Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 16, 7); Japón, Orden de 1951, arts. 11, 1) y 49, 1); Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33; Nigeria, Ley de 1963, art. 21, 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 87; República de Corea, Ley de 1992, art. 60, 1); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8, 2), b); Suecia, Ley de 1989, arts. 8.10 y 11.4. En algunos Estados, la suspensión de la ejecución de la orden está sujeta a ciertas condiciones (Canadá, Ley de 2001, art. 68; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242, f); Francia, Código, art. L.513-3; Irán (República Islámica del), Ley de 1931, art. 12) y la negativa a conceder la suspensión solicitada puede entrañar la desestimación del recurso (Canadá, Ley de 2001, art. 69, 1)).

⁹⁷⁷ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 21, 3), 62, 6) y 70, 2); Italia, Ley de 2005, art. 3, 4) y 4 *bis*, y Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, art. 13, 5 *bis*; República Checa, Ley de 1999, art. 172, 4); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8, 2), a); Suecia, Ley de 1989, arts. 8.7 a 9. En ciertos Estados, la negativa a conceder la suspensión de la ejecución se refiere de forma expresa al extranjero que presuntamente haya participado en un acto de terrorismo (Italia, Ley de 2005, arts. 3, 4) y 4 *bis*).

⁹⁷⁸ Australia, Ley de 1958, arts. 151 y 153.

⁹⁷⁹ Suecia, Ley de 1989, art. 8.10, a).

⁹⁸⁰ Paraguay, Ley de 1996, arts. 108 y 110.

apelación en un plazo determinado, puede considerarse que el recurso ha sido desestimado tácitamente⁹⁸¹.

447. Según el caso, el recurso puede limitarse al examen de las siguientes cuestiones: si se respetaron las garantías procesales y si la decisión impugnada es razonable⁹⁸²; si la decisión impugnada contiene errores de hecho, de derecho, o ambos⁹⁸³; si se han respetado principios elementales de justicia⁹⁸⁴; si la objeción es razonable⁹⁸⁵ o bien fundamentada⁹⁸⁶; o si ha habido un abuso de poder discrecional o si las conclusiones de la decisión son manifiestamente contrarias a derecho, o a hechos claramente establecidos que figuren en autos⁹⁸⁷. En algunos Estados, si se sospecha que el extranjero ha participado en actos de terrorismo, el tribunal revisa nuevamente las cuestiones de derecho y aplica el «criterio de la decisión claramente errónea» (*clearly erroneous standard*) al reconsiderar los hechos⁹⁸⁸. En otros Estados, el alcance de la revisión es limitado si el extranjero ya ha salido del país⁹⁸⁹ o se restringe la facultad del órgano encargado de la revisión de tener en cuenta consideraciones humanitarias, salvo que el extranjero reúna específicamente las condiciones necesarias para beneficiarse de estas consideraciones⁹⁹⁰. Además, algunas legislaciones prevén expresamente que se mantenga en vigor una decisión de expulsión si no se presentan nuevas circunstancias durante el período en que el extranjero tiene prohibido permanecer en el territorio del Estado⁹⁹¹.

448. Numerosos tribunales nacionales han reconocido el derecho a recurrir una orden de expulsión⁹⁹². Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la causa *St. Cyr*, sostuvo que el derecho de un extranjero a recurrir una orden de expulsión estaba reconocido por la Constitución de los Estados Unidos, y que una ley de deportación no debía interpretarse en el sentido de que denegase este derecho. Según la Corte:

El artículo I, párrafo 9, apartado 2, de la Constitución dispone lo siguiente: «El privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en casos de rebelión o invasión». Por lo tanto, es indudable que «la Constitución exige» alguna «intervención judicial en los casos de deportación». *Heikkila v. Barber*, 345 U.S. 229, 235 (1953). [...]

De ello se sigue que si aceptáramos la aseveración del INS de que las leyes de 1996 han retirado estas facultades a los jueces federales sin indicar quién podría ejercerlas en su lugar, ello plantearía un grave problema respecto de la cláusula de suspensión. [...] Además, llegar a la conclusión de que en este contexto ya no puede interponerse el recurso de hábeas corpus supondría apartarse de la práctica histórica en materia de derecho sobre inmigración⁹⁹³.

⁹⁸¹ Argentina, Ley de 2004, art. 76.

⁹⁸² *Ibid.*, art. 89.

⁹⁸³ Canadá, Ley de 2001, art. 67, 1), a).

⁹⁸⁴ *Ibid.*, arts. 67, 1), b) y 71.

⁹⁸⁵ Japón, Orden de 1951, arts. 11, 3) y 49, 3).

⁹⁸⁶ República de Corea, Ley de 1992, art. 60, 3).

⁹⁸⁷ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 210, e), 3), B) y 240, b), 4), C) y D).

⁹⁸⁸ *Ibid.*, art. 505, a), 3) y c), 4), C) y D).

⁹⁸⁹ Austria, Ley de 2005, art. 3.57.

⁹⁹⁰ Canadá, Ley de 2001, arts. 65 y 67, 1), c).

⁹⁹¹ Polonia, Ley n.º 1775 de 2003, art. 21, 1), 7).

⁹⁹² Véase la jurisprudencia nacional del Canadá, Bélgica, el Brasil, los Estados Unidos y la Federación de Rusia, citadas al respecto en el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), nota 1599.

⁹⁹³ *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, 25 de junio de 2001 [n.º 00-767], 533 *United States Supreme Court Reports* (2001), págs. 300 y 305.

449. Sin embargo, algunos tribunales nacionales han observado que con frecuencia el alcance de esta revisión es muy limitado. Por ejemplo, en el Reino Unido:

El magistrado que conozca de la apelación está obligado, en virtud del artículo 19, 1), a estimar dicho recurso si considera que la decisión «no era conforme con la ley o con cualquier reglamento de inmigración aplicable» o si, en caso de que la decisión implique el ejercicio de las facultades discrecionales del Secretario de Estado, entiende «que estas facultades discrecionales debían haberse ejercido de un modo distinto». De no ser así, la apelación debe desestimarse⁹⁹⁴.

450. Algunas legislaciones limitan además el alcance de la revisión judicial si la decisión de expulsión se basa en razones de seguridad nacional u orden público⁹⁹⁵. Sin embargo, en el Reino Unido, tras la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal*, se revocó una decisión que excluía la posibilidad de interponer recurso de apelación cuando la expulsión se fundaba en motivos de seguridad nacional⁹⁹⁶.

451. Por lo tanto, la interposición de un recurso personal contra una medida de expulsión se encuentra claramente establecida en el derecho internacional, en particular tras la Segunda Guerra Mundial, con el nacimiento de los distintos órganos de protección de los derechos humanos, y el Relator Especial considera que ha adquirido en la actualidad valor consuetudinario⁹⁹⁷.

B. Efectos del recurso jurisdiccional sobre la decisión de expulsión

1. PLAZO PARA LA CONSIDERACIÓN DEL RECURSO

452. El tribunal que entiende de un recurso por el que se pretende dejar sin efecto una medida de expulsión debe resolverlo en un plazo breve y emitir rápidamente su decisión. El «plazo breve» se determina a la luz de las circunstancias de cada caso⁹⁹⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró, en la causa *Sánchez-Reisse*, que el juez incumplió la obligación de pronunciarse en un plazo breve al emplear 46 días para decidir sobre la legalidad de una detención producida en el marco de un procedimiento de extradición⁹⁹⁹. En la mayoría de los casos, los tribunales no se expiden sobre la validez formal de la decisión de detención, sino sobre «la legalidad de la detención con miras a la expulsión»¹⁰⁰⁰. Sin embargo, ninguna disposición legal permite a los tribunales nacionales ejercer un

⁹⁹⁴ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, ILR, vol. 124, pág. 540, párr. 34 (Lord Hoffman).

⁹⁹⁵ Véase, por ejemplo el caso *Rehman* (nota precedente). «Por otra parte, el párr. 4 establece lo siguiente: 'Este procedimiento no será aplicable si la orden de expulsión se basa en razones relacionadas con el orden público o la seguridad nacional, de las cuales el Ministerio del Interior o los prefectos de los departamentos fronterizos serán los jueces únicos'» (Francia, Consejo de Estado, caso *Salom* (nota 167 *supra*)).

⁹⁹⁶ Caso *Rehman* (nota 994 *supra*), págs. 531 y 532.

⁹⁹⁷ Sobre el valor del deber de protección judicial, véase Ba, *op. cit.*, págs. 561 a 565.

⁹⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Winterwerp c. Pays-Bas*, sentencia de 24 de octubre de 1979, demanda n.º 6301/73, *serie A n.º 33*, párr. 60. En la causa *Sánchez-Reisse* (véase la nota siguiente), el Tribunal admitió que el procedimiento podía ser escrito en su totalidad.

⁹⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sánchez-Reisse c. Suisse*, sentencia de 21 de octubre de 1986, demanda n.º 9862/82, *serie A n.º 107*.

¹⁰⁰⁰ Sudre, «Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», pág. 257.

control sobre las decisiones administrativas por las que se ordena la expulsión de ciertos extranjeros del territorio nacional, especialmente cuando median cuestiones de seguridad nacional y orden público.

2. CARÁCTER SUSPENSIVO DEL RECURSO

453. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que «[l]a expulsión podrá efectuarse a título provisional, independientemente del recurso»¹⁰⁰¹. Con carácter general, el hecho de que el recurso sea efectivo no implica que tenga carácter suspensivo. Pero el párrafo 4 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que hasta que se examine el recurso contra la decisión de expulsión, los interesados «tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión». Tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideran que un recurso tan solo es efectivo en el sentido de este artículo cuando tiene carácter suspensivo. No es necesario en este caso que la suspensión de la decisión de expulsión tenga una relación directa con el riesgo de que el extranjero afectado por la medida sufra torturas u otros malos tratos si llega a ejecutarse la decisión¹⁰⁰². Por consiguiente, cuando se interpone un recurso contra una medida de expulsión, se deberá suspender la ejecución de ésta hasta que se pronuncie la instancia nacional competente¹⁰⁰³. Esta exigencia es incluso más necesaria cuando el demandante afectado por la medida de expulsión es un solicitante de asilo que corre un grave riesgo de sufrir malos tratos en el territorio del Estado de destino. En su sentencia en la causa *Chahal*, al ser de aplicación el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos y tener sustento la alegación de la violación del artículo 3, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había afirmado que «considerando el carácter irreversible del daño que se podía producir si se materializaba el riesgo de malos tratos [...], la noción de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 [exigía] examinar independientemente el argumento de que [existían] razones serias para temer un riesgo real de malos tratos contrarios al artículo 3»¹⁰⁰⁴. El Tribunal fue más lejos en el asunto *Jabari* al señalar que «la noción de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 requiere [...] la posibilidad de suspender la ejecución de la [decisión de expulsión]»¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰¹ «Règles internationales...», art. 21, párr. 2.

¹⁰⁰² Sarolea, «Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme», págs. 136 a 140.

¹⁰⁰³ Durante mucho tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente aplicó esta norma cuando se invocaba el artículo 13 en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véase, por ejemplo, en lo que respecta al artículo 3, Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 27 de febrero de 1991, *A. c. France*, demanda n.º 17262/90, *Décisions et Rapports*, vol. 68, 1991. Para establecer una diferencia con otros artículos que no requieren el efecto suspensivo del recurso, véase un ejemplo relativo a la supuesta violación, que no llegó a reconocerse, del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Klass et autres c. Allemagne*, demanda n.º 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978, *série A n.º 28*.

¹⁰⁰⁴ Causa *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 151.

¹⁰⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jabari c. Turquie*, demanda n.º 40035/98, sentencia de 11 de julio de 2000, *Recueil des arrêts et décisions 2000-VIII*, párr. 50. La causa se refería a un ciudadano iraní que alegaba que su expulsión a su Estado de origen le

454. En 2001, el Comisario para los Derechos Humanos indicó a los Estados miembros del Consejo de Europa:

No solamente es indispensable garantizar, sino también asegurar en la práctica, el derecho de ejercer un recurso judicial, tal como prevé el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos, en los casos en que la persona afectada alegue que las autoridades competentes han violado, o puedan violar, uno de sus derechos garantizados por el Convenio. Este derecho a un recurso efectivo debe garantizarse a todo aquel que desee recurrir una decisión de rechazo o de expulsión del territorio. Este recurso deberá suspender la ejecución de una decisión de expulsión, al menos en los casos en que se alega una posible violación de los artículos 2 y 3 Convenio¹⁰⁰⁶.

455. En su sentencia de 2002 en el asunto *Čonka*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó que «la efectividad de los recursos exigidos por el artículo 13 supone que éstos pueden impedir la ejecución de las medidas contrarias al Convenio y cuyas consecuencias sean potencialmente irreversibles»¹⁰⁰⁷ y que «el artículo 13 se opone por tanto a que esas medidas sean ejecutadas antes incluso de finalizar el examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con el Convenio»¹⁰⁰⁸. A continuación el Tribunal consideró que, si bien los Estados partes en el Convenio son libres de decidir la manera de cumplir las obligaciones contempladas en el artículo 13,

no puede excluirse que, en un sistema en el que la suspensión se concede previa petición y según las circunstancias del caso, ésta se deniegue indebidamente, sobre todo si, llegado el momento, la instancia que conoce del fondo de la causa debe [...] anular una decisión de expulsión por haberse infringido el Convenio, por ejemplo, porque el interesado podría sufrir malos tratos en el país de destino o ser víctima de una expulsión colectiva¹⁰⁰⁹.

456. Solamente se puede asegurar la eficacia de las vías de recurso si los recursos interpuestos por los extranjeros que son objeto de expulsión producen efectos suspensivos respecto de las medidas de expulsión. No se trata de un efecto suspensivo de pleno derecho, sino de un efecto destinado a garantizar que la tramitación del procedimiento mantenga su razón de ser y que permite evitar las consecuencias, en ocasiones desastrosas, de que una expulsión sea declarada ilegal por una instancia nacional o internacional. En su sentencia de 2005 en el asunto *Mamatkulov*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó en términos más generales «la importancia del recurso suspensivo [...] en los casos de expulsión o extradición»¹⁰¹⁰.

457. Como puede observarse, el efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión sólo está contemplado verdaderamente en el marco de la interpretación del artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce únicamente la posibilidad de que el trabajador extranjero objeto de expulsión solicite la suspensión de la decisión de expulsión, y no incorpora la norma del efecto

pondría en peligro de sufrir malos tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos.

¹⁰⁰⁶ Recomendación del Comisario de Derechos Humanos (nota 908 *supra*), recomendación 11.

¹⁰⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka c. Belgique*, demanda n.º 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002, *Recueil des arrêts et décisions 2002-I*, párr. 79.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁰¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, sentencia de 4 de febrero de 2005, demandas n.ºs 46827/99 y 46951/99, *Recueil des arrêts et décisions 2005-I*, párr. 124.

suspensivo de esa solicitud. Ni siquiera la doctrina parece ser partidaria de este efecto, como pone especialmente de manifiesto la posición que desde hace tiempo mantiene el Instituto de Derecho Internacional. Por otro lado, la consagración del principio del efecto suspensivo del recurso supondría romper el equilibrio que debe existir en el ámbito de la expulsión entre el derecho del Estado a expulsar y el debido respeto a los derechos humanos del extranjero afectado. En efecto, la formulación de una norma general del efecto suspensivo del recurso contra una decisión de expulsión equivaldría a permitir la parálisis de la acción del Estado autor de la expulsión, tanto más difícil de admitir por la mayoría de los Estados si el motivo de la expulsión es de orden público, y todavía más si se trata de la seguridad nacional. Por todas estas razones, el Relator Especial duda de que la propuesta de un proyecto de artículo al respecto tenga fundamento.

C. Vías de recurso contra una decisión judicial de expulsión

458. La decisión judicial de expulsión es una condena dictada por un órgano jurisdiccional que implica la salida del extranjero del territorio y la prohibición de regresar a él durante un determinado período de tiempo. Esta pena se impone con carácter principal o como complemento de una sanción penal de prisión o multa. En efecto, esa decisión, generalmente, tiene carácter complementario con respecto a una pena impuesta a un extranjero que ha cometido una infracción en el Estado autor de la expulsión.

459. La legislación de numerosos Estados permite interponer recurso contra una decisión judicial de expulsión. En Francia, por ejemplo, existen tres tipos de recurso contra una decisión judicial de expulsión:

a) El extranjero afectado por una decisión judicial de expulsión puede interponer recurso en la secretaría del tribunal de apelación en el plazo de dos meses desde la notificación de la decisión;

b) Asimismo, un extranjero afectado por una decisión judicial de expulsión puede interponer un recurso de revocación por el que solicite a la instancia jurisdiccional penal (tribunal correccional o tribunal de apelación) que haya dictado la resolución de expulsión la revocación de esa medida. El recurso de revocación únicamente es admisible si no se ha ordenado la expulsión como sanción principal. Este recurso debe enviarse por correo o presentarse por medio de un abogado y solamente se puede interponer al cabo de seis meses desde que se dictó la resolución por la que se impone la condena;

c) El indulto presidencial: si el órgano judicial competente desestima el recurso de revocación de la expulsión del territorio, al extranjero le queda la posibilidad de solicitar el indulto al Presidente de la República.

460. En Suiza, donde la gran mayoría de la población penitenciaria extranjera es objeto de una decisión de expulsión¹⁰¹¹, el antiguo artículo 55 del Código Penal disponía que el juez podía expulsar del territorio suizo durante un período de 3 a 15 años a cualquier extranjero condenado a

pena de reclusión o prisión, y que en caso de reincidencia podía decretarse la expulsión de por vida. No obstante, esta forma de expulsión ha sido suprimida del nuevo Código Penal que entró en vigor el 1.º de enero de 2007. Ahora bien, el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 10 de la Ley Federal de 26 de marzo de 1931, de estancia y residencia de extranjeros, sigue contemplando la posibilidad de que los extranjeros sean expulsados de Suiza o de un cantón por las autoridades que ejercen las funciones en materia de policía de extranjería (art. 15) si son condenados por una autoridad judicial por haber cometido un crimen o un delito. También se puede interponer recurso contra una decisión judicial que ordene la expulsión ante un órgano jurisdiccional regional de protección de los derechos humanos una vez que se hayan agotado las vías de recurso internas. En el asunto *Emre c. Suisse*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos menciona en los hechos que

[e]l 13 de agosto de 2002 el Tribunal de Faltas del distrito de Neuchâtel condenó al interesado a cinco meses de prisión incondicional por motín y violación de la legislación sobre armas, infracciones cometidas el 5 de marzo de 2000. Además, el 10 de noviembre de 1999 se ordenó la revocación de una suspensión. Asimismo, el tribunal ordenó la expulsión del interesado del territorio suizo, sin suspensión alguna, durante un período de siete años. Esta sentencia fue confirmada el 6 de marzo de 2003 por el Tribunal de Casación Penal del cantón de Neuchâtel¹⁰¹².

En esta causa, tanto el Tribunal de Faltas como el Tribunal de Casación Penal del cantón de Neuchâtel habían ordenado la expulsión del demandante por un período de siete años, mientras que la decisión administrativa de expulsión no contenía ninguna limitación en cuanto a la duración. Sin embargo, al ir dirigida la demanda contra la decisión administrativa de expulsión y no contra la decisión judicial de expulsión, el Tribunal no se pronunció sobre esta cuestión del período de duración de la expulsión, que parecía constituir una sanción añadida a la ya impuesta en esta causa.

461. Parece evidente que no existe fundamento en el derecho internacional para establecer norma alguna sobre las vías de recurso contra una decisión de expulsión, ni siquiera en el marco del desarrollo progresivo. Sin duda, se observa en este sentido una cierta especificidad del derecho regional europeo en materia de derechos humanos, que destaca la necesidad de prever la posibilidad de interponer recurso de apelación contra una decisión de expulsión. Ahora bien, con carácter general, la cuestión pertenece claramente al ámbito del derecho interno de los Estados y no resulta fácil que el derecho internacional pueda establecer una norma de aplicación general sobre una cuestión en la que, según se ha descrito, las legislaciones nacionales presentan tanta disparidad. Ni siquiera en el supuesto de que se realizara un estudio completo de todas las legislaciones nacionales con el fin de identificar una eventual tendencia dominante al respecto, parecería oportuno que el derecho internacional se inmiscuyera en un ámbito reservado estrictamente a los procedimientos judiciales de los Estados, que son los que mejor pueden apreciar su pertinencia. Por lo demás, el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión debe entenderse tal y como está consagrado en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Por tanto, ese derecho no requiere ninguna norma específica.

¹⁰¹¹ Montero Pérez de Tudela, «L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène».

¹⁰¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Emre c. Suisse*, demanda n.º 42034/04, sentencia de 28 de mayo de 2008, párr. 11.

CAPÍTULO VI

Relaciones entre el Estado autor de la expulsión y los Estados de tránsito y destino

462. Es necesaria la cooperación entre el Estado autor de la expulsión y los Estados de destino y, eventualmente, de tránsito, para una ejecución completa de la medida de expulsión. Por lo general, esta cooperación requiere la celebración de acuerdos bilaterales entre los Estados afectados. Como se verá a continuación, la UE ha desarrollado en este sentido un sistema de cooperación administrativa y técnica entre sus Estados miembros con miras a facilitar la ejecución de las medidas de expulsión. Desde este punto de vista, se han aprobado varias directivas destinadas especialmente al reconocimiento de la decisión de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado miembro por parte de los demás Estados.

A. Libertad para acoger o no al extranjero expulsado

1. PRINCIPIO GENERAL

463. En el caso *Ben Tillett*, el tribunal de arbitraje reconoció expresamente, como se ha visto, el derecho que asiste a un Estado a denegar la entrada en su territorio a un extranjero que, sobre la base de su apreciación discrecional de los hechos, le parezca que constituye una amenaza para la seguridad nacional:

Considerando que no se puede negar que un Estado tiene el derecho a prohibir la entrada en su territorio a extranjeros cuya conducta o presencia constituya, a su juicio, una amenaza para la seguridad;

Considerando, además, que un Estado goza de plena soberanía para evaluar los hechos que justifiquen la prohibición¹⁰¹³.

464. Asimismo, es bien sabido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en varias causas que el derecho de los Estados a controlar la entrada de extranjeros en su territorio es un principio arraigado del derecho internacional:

[L]a preocupación de los Estados contratantes por mantener el orden público, en particular mediante el ejercicio de su facultad, de honda raigambre en el derecho internacional y con sujeción a las obligaciones contraídas en virtud de tratados, de controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros¹⁰¹⁴.

465. Ya en 1891, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostenía que todas las naciones soberanas tenían la potestad de decidir si admitían extranjeros en su territorio, y en qué condiciones, con arreglo al derecho internacional:

Es una máxima aceptada del derecho internacional que todo Estado soberano tiene la potestad, inherente a su soberanía y esencial para su supervivencia, de prohibir la entrada de extranjeros en sus dominios o de admitirlos únicamente con arreglo a las condiciones y en los casos que considere oportunos¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ Véase la nota 593 *supra*.

¹⁰¹⁴ Causa *Moustaquim c. Belgique*, sentencia de 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86, *serie A n.º 193*, párr. 43. Véanse también las causas *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, sentencia de 30 de octubre de 1991, *serie A n.º 215*, párr. 102; *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 73; *Ahmed c. Autriche*, sentencia de 17 de diciembre de 1996, demanda n.º 25964/94, *Recueil 1996-VI*, párr. 38; *Bouchelkia c. France*, sentencia de 29 de enero de 1997, demanda n.º 23078/93, *Recueil 1997-I*, párr. 48; y *H. L. R. c. France*, demanda n.º 24573/94, sentencia de 29 de abril de 1997, *Recueil 1997-III*, párr. 33.

¹⁰¹⁵ *Nishimura Ekiu v. United States*, 18 de enero de 1892, 142 *United States Supreme Court Reports*, pág. 651 (1892). Véase también

466. En 1906, en Canadá, en la causa *Cain*, el Comité Judicial del Consejo Privado (predecesor del Tribunal Supremo del Canadá) reconoció el derecho del Estado a decidir si admite o no extranjeros, incluidos los nacionales de Estados amigos:

Uno de los derechos que se derivan de la potestad suprema de que goza todo Estado es el derecho a denegar a un extranjero el permiso para entrar en dicho Estado, a establecer las condiciones que considere oportunas para conceder dicho permiso de entrada, y a expulsar o deportar del Estado, a discreción, incluso a un extranjero nacional de un Estado amigo, especialmente si considera que su presencia en el Estado es contraria a la paz, el orden público y el buen gobierno, o a sus intereses sociales o materiales¹⁰¹⁶.

2. LÍMITE: EL DERECHO DE TODA PERSONA A REGRESAR A SU PROPIO PAÍS

a) *Norma general*

467. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional expresó la opinión de que un Estado no podía negar el acceso a su territorio a sus exnacionales, incluidos los que hubieran pasado a ser apátridas. El artículo 2 de las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros establece lo siguiente:

En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él a sus súbditos o a los que, tras haber perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra nacionalidad¹⁰¹⁷.

468. Como es bien sabido, el derecho de las personas a entrar o regresar a su propio país se reconoce en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos de carácter universal, especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰¹⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰¹⁹ y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁰²⁰. Ese derecho se reconoce frente al Estado de la nacionalidad en el Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio, y en el Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n.º 11¹⁰²¹, y en la Convención americana sobre derechos humanos¹⁰²².

Chae Chan Ping v. United States, Corte Suprema de los Estados Unidos, 13 de mayo de 1889, 130, *ibíd.*, págs. 603 y 604 («La jurisdicción sobre su propio territorio a tal efecto [el de excluir a extranjeros] es un atributo de toda nación independiente. Forma parte de su independencia. Si no pudiera excluir a los extranjeros, estaría sujeta al control de otra potencia»).

¹⁰¹⁶ *Attorney-General for the Dominion of Canada and Everett E. Cain, The Law Reports*, 1906, A.C. 542, pág. 546.

¹⁰¹⁷ «Règles internationales...».

¹⁰¹⁸ Art. 13, párr. 2.

¹⁰¹⁹ Art. 12, párr. 4.

¹⁰²⁰ Art. 12, párr. 2.

¹⁰²¹ Art. 3, párr. 2. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «un principio de derecho internacional [...] se opone a que un Estado niegue a sus propios nacionales el derecho de entrada o de residencia en su territorio» (asunto *Van Duyn* (nota 148 *supra*), párr. 22) (este asunto se refería a la libertad de circulación y no a la expulsión).

¹⁰²² Art. 22, párr. 5.

469. El Comité de Derechos Humanos ha examinado el significado de las palabras «su propio país» que figuran en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su Observación general n.º 27, el Comité indicó que el sentido de esta expresión era más amplio que el de «país de la nacionalidad» por cuanto incluía situaciones en las que una persona, aunque no fuera nacional de ese país, tuviera relaciones estrechas y duraderas con él¹⁰²³:

20. En la redacción del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros («nadie»). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras «su propio país». El alcance de la expresión «su propio país» es más amplio que el de «país de su nacionalidad». No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional [...].

21. En ningún caso se puede privar arbitrariamente a una persona del derecho a entrar en su propio país. La referencia al concepto de arbitrariedad en este contexto tiene por objeto subrayar que se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial; garantiza que incluso las injerencias previstas por la ley estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares. El Comité considera que hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país¹⁰²⁴.

470. La cuestión que se plantea es dilucidar si el antiguo Estado de la nacionalidad tiene la obligación de admitir a sus exnacionales. El derecho de una persona a regresar a su propio país, consagrado, como se ha visto, en los instrumentos de derechos humanos puede interpretarse ampliamente de manera que incluya al antiguo Estado de la nacionalidad. Además, ese Estado puede estar obligado a admitir a su exnacional a fin de no privar a un tercer Estado de su derecho a expulsar a un extranjero de su territorio. El examen de la práctica de los Estados, especialmente de su práctica convencional, indica, sin embargo, que el derecho internacional consuetudinario no impone al antiguo Estado de la nacionalidad una obligación de readmisión. Así se puso de manifiesto en los debates de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 relativa a la nacionalidad¹⁰²⁵ y ello explica la existencia de tratados de repatriación (por ejemplo, la Convención relativa a la asistencia a las personas indigentes y su repatriación, entre Bélgica y los Países Bajos¹⁰²⁶). Por otra parte, la privación de la nacionalidad de una persona que se halla presente en el territorio de un tercer Estado ha sido considerada como un abuso de poder o de autoridad por la

¹⁰²³ Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, págs. 62 y 63.

¹⁰²⁴ Informe del Comité de Derechos Humanos, A/55/40 (nota 823 *supra*), anexo VI, Observación general n.º 27 sobre el artículo 12 (Libertad de circulación), párrs. 20 y 21.

¹⁰²⁵ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence sur la codification du droit international* (La Haya, 13 de marzo a 12 de abril de 1930), vol. 2, actas de la Primera Comisión: nacionalidad, documento C.351 a).M.145 a).1930.V.

¹⁰²⁶ Firmada en La Haya, el 15 de mayo de 1936 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, n.º 4131, pág. 41). Véase también Hofmann, «Denationalization and forced exile», pág. 1005.

carga impuesta al Estado en cuyo territorio se encuentra el extranjero¹⁰²⁷.

471. El rechazo del antiguo Estado de la nacionalidad a admitir a su exnacional puede impedir que el Estado territorial ejerza su derecho a expulsar al extranjero si ningún otro Estado está dispuesto a admitir a la persona¹⁰²⁸.

La expulsión efectiva de un extranjero normalmente requiere la cooperación por aquiescencia del Estado del que es nacional. Así, en general se considera que ese Estado tiene la obligación de recibirlo si procura entrar en su territorio. Tampoco puede negarse a recibirlo si durante su ausencia del territorio ha perdido su nacionalidad sin haber adquirido la de otro Estado. Por el contrario, no está claro en qué forma un Estado, habiendo puesto fin a la nacionalidad de una persona que le debe lealtad, pueda razonablemente exigir a cualquier otro Estado cuya nacionalidad no ha adquirido posteriormente que lo reciba en su territorio cuando el primero trata de deportarlo y de hacer que salga de su territorio. Es harto dudoso que un Estado no pueda expulsar a un extranjero de su territorio porque su país de origen lo ha privado de la nacionalidad y posteriormente no ha adquirido la nacionalidad de ningún otro Estado. El Estado que puede recurrir a la expulsión no está internacionalmente obligado a permitir que el extranjero siga dentro de sus límites hasta que un Estado extranjero determinado se muestre dispuesto a recibirlo en su territorio¹⁰²⁹.

472. El artículo 1 del Protocolo especial sobre la apatridia se refiere a la obligación de un Estado de admitir a sus exnacionales que sean apátridas de la manera siguiente:

Si una persona tras ingresar en un país extranjero pierde su nacionalidad sin adquirir otra nacionalidad, el Estado cuya nacionalidad poseyó últimamente está obligado a admitirlo, a solicitud del Estado en cuyo territorio se encuentre:

i) Si es indigente en forma permanente ya sea como resultado de una enfermedad incurable o por cualquier otro motivo; o

ii) Si ha sido condenado, en el Estado en que se encuentra, a no menos de un mes de prisión y ya ha cumplido su condena o ha obtenido una remisión total o parcial de ella.

En el primer caso, el Estado cuya nacionalidad poseía esa persona podrá negarse a recibirla, si se compromete a financiar el gasto de socorro en el país en que se encuentra a partir del trigésimo día contado de la fecha en que se hizo la solicitud. En el segundo caso el gasto de envío de regreso correrá a cargo del país que hace la solicitud¹⁰³⁰.

b) Caso particular de los refugiados

473. El refugiado objeto de expulsión debe tener la oportunidad de solicitar la admisión en otro Estado

¹⁰²⁷ Véanse Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, pág. 153, y Martin, *loc. cit.*, pág. 41.

¹⁰²⁸ «No puede concluirse que la negativa a recibir esté respaldada por el derecho internacional. Nadie discute que todo Estado está facultado para expulsar como corolario de su derecho de determinar las condiciones de ingreso a su territorio. Ese derecho deja de existir si otro Estado se niega a cumplir las condiciones que presupone y que son esenciales para su ejercicio» (Preuss, «International Law and Deprivation of Nationality», pág. 272) (en referencia a la obligación de un Estado de admitir a sus exnacionales que han pasado a ser apátridas). «Además de provocar la desnacionalización y el exilio del individuo en cuestión, tiene efectos sobre otros Estados al convertir a la persona en apátrida. Otros Estados se hallan en la posición de tener que otorgar residencia a una persona que no es su nacional o de obligarla a seguir desplazándose continuamente de un Estado a otro hasta que alguno de ellos ceda» (Comisión Internacional de Juristas, *The Review*, n.º 12 (junio de 1974), «Lost of nationality and exile», pág. 23).

¹⁰²⁹ Hyde, *op. cit.*, págs. 231 y 232; véase también Williams, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰³⁰ El artículo 2, segundo apartado, establece lo siguiente: «La inclusión de los principios y normas anteriormente mencionados no prejuzgará en modo alguno la cuestión de si forman o no parte del derecho internacional».

distinto de su Estado de origen antes de que se ejecute la decisión de expulsión. La Convención sobre el estatuto de los refugiados exige que al refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado se le conceda, en caso de expulsión, un plazo razonable para solicitar su admisión en otro Estado. El párrafo 3 de su artículo 32 establece lo siguiente:

Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

474. Según explica Robinson en su comentario sobre la Convención sobre el estatuto de los refugiados, esa disposición se refiere al estatuto del refugiado una vez que se ha adoptado en su contra una decisión definitiva de expulsión. De acuerdo con este comentario, si bien la Convención no lo exige de forma explícita, al refugiado objeto de expulsión deben dársele las facilidades previstas en el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención¹⁰³¹. Además, las medidas de orden interno que pueda adoptar el Estado Contratante durante ese período no deberán imposibilitar que el refugiado obtenga la admisión en otro Estado.

El párrafo 3 del artículo 32 se ocupa del estatuto de refugiado una vez se ha adoptado la decisión definitiva de expulsión. Este precepto no permite al Estado ejecutar la expulsión de forma inmediata, sino que le exige que conceda un plazo suficiente para que el refugiado pueda encontrar un lugar al que ir. Aunque el párrafo 3 no lo dice de forma explícita, debe entenderse que al refugiado también deben concedérsele las facilidades necesarias previstas en el párrafo 2 [del artículo 31], puesto que sin ellas no podría lograr su admisión en otro país. La segunda oración del párrafo 3 está redactada de forma más restrictiva que la primera oración del párrafo 2 del artículo 31: el primer precepto se refiere a las medidas 'que estimen necesarias' (en francés *qu'ils jugeront opportune*) [los Estados Contratantes], mientras que el segundo habla de medidas 'necesarias' (en francés *qui sont nécessaires*). La diferencia se encuentra en la evaluación subjetiva de las medidas: en el caso del artículo 31, deben parecerle necesarias a un observador imparcial; en cambio, según el artículo 32 basta con que las autoridades competentes las consideren necesarias. Pero incluso en este caso no pueden ser de tal naturaleza que impidan al refugiado obtener la admisión en otro país, puesto que la Convención considera la expulsión una medida que sólo puede adoptarse cuando el refugiado no puede abandonar el país por iniciativa propia¹⁰³².

475. Como se desprende del comentario del citado autor, la Convención sobre el estatuto de los refugiados no establece qué debe entenderse por «plazo razonable» a los efectos del párrafo 2 del artículo 32. Según la jurisprudencia de los tribunales nacionales, dos meses no constituyen un plazo suficiente: «La presente Convención no indica qué constituiría un plazo razonable. Según el fallo del Tribunal Administrativo Federal [de Alemania] en la causa *Hodzic v. Rheinland-Pfalz* un plazo de dos meses resulta demasiado breve»¹⁰³³.

476. Según lo señalado por ese autor, esta disposición no se aplicaría cuando otro Estado estuviera obligado

¹⁰³¹ Esta disposición, que se ocupa de la situación de los refugiados que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado, establece lo siguiente:

«Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país».

¹⁰³² Robinson, *op. cit.*, págs. 159 y 160.

¹⁰³³ Grahl-Madsen, *op. cit.*, párr. 11.

a readmitir al refugiado. En este caso, el refugiado puede ser expulsado de forma inmediata. Tal y como señala Grahl-Madsen: «La disposición no será aplicable cuando otro país de refugio esté obligado a admitir al refugiado, en cuyo caso podrá ser devuelto a ese país inmediatamente»¹⁰³⁴.

B. Determinación del Estado de destino

1. LIBERTAD DE QUE GOZA EL EXPULSADO PARA ELEGIR UN ESTADO DE DESTINO

477. En principio, el expulsado debe poder elegir él mismo un Estado de destino. El Relator del Instituto de Derecho Internacional, Sr. Féraud-Giraud, en el Proyecto de reglamentación de la expulsión de los extranjeros de 1891 consideraba que, «[h]abitualmente, [...] el expulsado [...] debe ser conducido a la frontera del territorio de la nación a la que pertenece o a la frontera más cercana»¹⁰³⁵. No obstante, el expulsado «debe tener siempre la libertad de elegir como lugar de salida del territorio una frontera distinta de la del Estado del que es nacional»¹⁰³⁶. Finalmente, en el artículo 33 de las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros, de 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que correspondía al «extranjero al que se ha ordenado salir del territorio indicar la frontera por la que desea salir»¹⁰³⁷. Esta forma de abordar la cuestión solamente tenía sentido en una época en la que la expulsión se realizaba casi exclusivamente por las fronteras terrestres. Por el contrario, no se podría mantener en un contexto como el actual en el que la expulsión se efectúa en numerosas ocasiones por vía aérea. En este ámbito, la cuestión que se plantea es la elección del Estado de destino más que la determinación de una frontera para salir del territorio del Estado autor de la expulsión.

478. Algunos convenios internacionales consagran este principio de libre elección del Estado de destino. Así, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece en el párrafo 7 de su artículo 22:

Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

La Convención sobre el estatuto de los refugiados también establece esta norma específica¹⁰³⁸, esto es, que un refugiado al que el Estado de acogida ordene salir de su territorio por razones de seguridad nacional o de orden público y que, como es bien sabido, no puede ser devuelto a ningún territorio en el que su vida o su libertad se vean amenazadas, debe tener la posibilidad de buscar un país que acepte admitirlo y respete su vida y su libertad. En efecto, el párrafo 3 del artículo 32 de la Convención regula la ejecución de la medida de expulsión dictada contra un refugiado y establece que «los Estados Contratantes

¹⁰³⁴ *Ibíd.*

¹⁰³⁵ «Droit d'admission et d'expulsion des étrangers», pág. 280, párr. XV.

¹⁰³⁶ *Ibíd.*

¹⁰³⁷ «Règles internationales...».

¹⁰³⁸ Chetail, «Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», pág. 49.

concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país». No obstante, se plantean dificultades en este ámbito, que hacen que en ocasiones resulte infructuosa la búsqueda de un país que pueda admitir al refugiado en cuestión. El ACNUR aconsejó que «en los casos en que no es posible llevar a la práctica una medida de expulsión, los Estados deberían considerar la posibilidad de dar a los refugiados delincuentes el mismo trato que a los nacionales delincuentes»¹⁰³⁹.

2. POSIBILIDAD DE QUE EL ESTADO AUTOR DE LA EXPULSIÓN SUSTITUYA AL EXPULSADO EN LA ELECCIÓN DEL ESTADO DE DESTINO

479. Como acaba de observarse, por regla general, la expulsión de las personas se realiza al Estado de su nacionalidad. Pero cuando el extranjero afectado considera que va a ser sometido a torturas en su propio país, se plantea el problema de elegir el Estado al que debe ser expulsado. De hecho, la devolución de un extranjero a un país que supone un peligro para él puede provocarle un perjuicio irreparable. No existe una práctica generalizada en la materia, si bien en diferentes partes del mundo se adoptan medidas para asegurar la elección del Estado de destino en caso de expulsión.

480. En Europa se ha implantado una práctica generalizada desde la aprobación del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Convenio de Dublín) en 1990. El Convenio contemplaba varias medidas destinadas a garantizar que una solicitud de asilo fuera examinada por un Estado miembro y no fuera enviada sucesivamente de un Estado miembro a otro. Los artículos 4 a 8 exponían los criterios que permitían determinar qué Estado miembro era responsable del examen de una solicitud de asilo. Con arreglo al artículo 7, la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo incumbía al Estado miembro responsable del control de entrada del extranjero en territorio de los Estados miembros. Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Convenio, un Estado miembro ante el que se presentaba una solicitud de asilo por parte de un extranjero al que se hubiera denegado una primera solicitud presentada en el Estado miembro responsable jurídicamente de ésta tenía derecho a expulsar al solicitante a ese Estado miembro autor de la decisión de denegación del asilo. No obstante, esta medida podía entrar en conflicto con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En la causa *T. I. c. Royaume-Uni*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó las relaciones entre las disposiciones del Convenio de Dublín y el artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos que prohíbe la tortura. En esta causa el demandante corría el riesgo de ser devuelto a Alemania, donde previamente se había tomado la decisión de expulsarlo y deportarlo a Sri Lanka. El demandante no corría «verdaderamente el peligro de recibir un trato contrario al artículo 3 en Alemania». Sin embargo, su devolución a este Estado constituía «un eslabón de una eventual cadena de circunstancias que podían desembocar en su

deportación a Sri Lanka, donde [se alegaba que] corría un riesgo real de sufrir ese trato» contrario al Convenio. El Tribunal consideró entonces que «la devolución indirecta pasando por un país intermedio que resulta ser también un Estado Contratante no tiene incidencia alguna sobre la responsabilidad del Reino Unido, que debe velar por que el demandante no sea objeto de un trato contrario al artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos por su decisión de expulsarlo». Asimismo, el Tribunal señaló que «[c]uando los Estados celebran [...] acuerdos internacionales para cooperar en determinados ámbitos de actividad, puede verse afectada la protección de los derechos fundamentales». Según este Tribunal, sería contrario «al objeto y el fin del Convenio [europeo de derechos humanos] que los Estados Contratantes estén exonerados de toda responsabilidad con respecto a éste en el ámbito de actividad correspondiente». No obstante, el Tribunal consideró que «no se ha probado la existencia de un riesgo real de que Alemania expulse al demandante a Sri Lanka en violación del artículo 3 del Convenio». Por tanto, a pesar de la decisión de devolver al demandante a ese otro Estado miembro de la UE, «el Reino Unido no ha incumplido sus obligaciones derivadas de esta disposición»¹⁰⁴⁰.

481. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene constancia de que el extranjero que ha interpuesto la demanda corre el riesgo de sufrir malos tratos en el Estado de destino, en ocasiones invita al Estado que expulsa a tomar medidas provisionales, como la suspensión del procedimiento de expulsión.

482. Algunas legislaciones otorgan al extranjero un derecho independiente de recurso contra la determinación del Estado de destino en caso de expulsión, pero no en caso de devolución.

En los procedimientos de expulsión, los Estados suelen asumir una mayor discrecionalidad con respecto al destino al que se envía al individuo, y no es infrecuente que se le envíe al puerto de embarque. Las amplias opciones de que disponen las autoridades del Estado, y que se aceptan en la práctica, deben reconsiderarse teniendo en cuenta que el extranjero excluido pocas veces tendrá derecho a interponer un recurso contra el destino propuesto o a organizar su propia salida. Sin embargo, una vez ha cruzado la frontera, la práctica del Estado le permite frecuentemente beneficiarse de ciertas garantías de procedimiento. Así pues, puede presentar un recurso, no solo contra la expulsión sino también contra el destino propuesto, y se le puede dar la oportunidad de asegurarse la entrada en otro país de su elección. Desde luego, en último término, si ningún Estado está dispuesto a recibirlo, el único Estado al que el extranjero puede ser enviado legalmente es su Estado de nacionalidad o ciudadanía. Si no puede obtener la admisión en otro país, de ordinario su recurso contra la expulsión no prosperará¹⁰⁴¹.

483. Sin embargo, no se puede afirmar que este derecho esté contemplado en el derecho internacional. A fin de cuentas, la existencia de esta norma constituiría un obstáculo al ejercicio por parte del Estado de su derecho soberano de expulsión, que solamente está limitado por la exigencia del respeto a los derechos humanos del extranjero que es objeto de expulsión, ya se trate, como se ha visto, de derechos sustantivos o de derechos procesales. Basta con que, en el ejercicio del derecho de expulsión,

¹⁰³⁹ Conclusión n.º 7 (XXVIII) [1977] del Comité Ejecutivo del ACNUR, citada por Chetail, *loc. cit.*

¹⁰⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *T. I. c. Royaume-Uni*, demanda n.º 43844/98, sentencia de 7 de marzo de 2000, *Recueil des arrêts et décisions 2000-III*.

¹⁰⁴¹ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, págs. 223 y 224; véase también *R. v. Governor of Brixton Prison*, ex parte *Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187 (citado en la nota 3).

el Estado que la efectúa se asegure en particular de que el extranjero expulsado no va a sufrir torturas ni un trato inhumano y degradante en el Estado de destino para que su elección cumpla las exigencias del derecho internacional en la materia. El Estado que expulsa sólo podría estar eventualmente vinculado por la elección del extranjero objeto de expulsión si aquel no llega a determinar el Estado de nacionalidad de este último o si existe un riesgo de que el extranjero en cuestión vaya a ser sometido a torturas o a un trato inhumano y degradante en el Estado del que es nacional, y siempre que ese extranjero consiga que un tercer Estado le acoja en su territorio.

C. Estado susceptible de acoger al extranjero expulsado

484. En el quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros¹⁰⁴² se observó que el Estado de acogida de un extranjero expulsado por otro Estado debe cumplir determinados criterios que le permitan garantizar el respeto de sus derechos fundamentales, como el de no ser sometido a torturas. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia coinciden en este punto.

1. APARICIÓN Y CONSAGRACIÓN DE LA NOCIÓN DE «PAÍS SEGURO»

485. La noción de «país seguro» surgió en Alemania en el artículo 16 de su Ley Fundamental¹⁰⁴³. Según esta disposición, deberá desestimarse la solicitud de asilo de un extranjero que proceda de un país de origen o de otro país tercero que se considere seguro. Los países de origen seguros son los que no llevan a cabo persecuciones políticas ni violan los derechos humanos. La lista de esos países está incluida en una ley¹⁰⁴⁴. Por su parte, los terceros países seguros son aquellos países con respecto a los que se ha declarado que respetan el Convenio sobre el estatuto de los refugiados y el Convenio europeo de derechos humanos¹⁰⁴⁵ y, por presunción, los Estados miembros de la UE. Los Países Bajos también han aprobado leyes sobre países de origen seguros y terceros países seguros y han elaborado listas de esos países, que pueden ser modificadas¹⁰⁴⁶. El legislador comunitario ha incorporado igualmente la noción de «país seguro». El Convenio de Dublín establece en el párrafo 5 de su artículo 3:

Todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York.

El Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo de la Unión Europea, que sustituye al Convenio de Dublín, incorpora el texto del párrafo 5 del artículo 3 en el párrafo 3 de su artículo 3¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴² Véase la nota 2 *supra*.

¹⁰⁴³ Berger, *op. cit.*, pág. 185.

¹⁰⁴⁴ Francia, Senado, «L'immigration et le droit d'asile», nota informativa disponible en www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html.

¹⁰⁴⁵ Ghana y el Senegal, por ejemplo, figuran en esta lista, que se puede modificar por ley.

¹⁰⁴⁶ Leyes de 1.º de diciembre de 1994 y de 2 de febrero de 1995 (ibíd.).

¹⁰⁴⁷ Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno

486. En 1992, los Ministros de Inmigración europeos aprobaron la Resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida (Resolución de Londres) en la que definían la noción de «tercer país seguro»¹⁰⁴⁸. Así, se considera «seguro» el Estado que no amenaza la vida y la libertad de las personas en violación de las disposiciones del Convenio sobre el estatuto de los refugiados, que no comete ningún acto de tortura ni inflige malos tratos y que respeta el principio de no devolución. La noción queda de este modo consagrada en el derecho europeo. El 25 de noviembre de 1997, en la 609.ª reunión de los Delegados de los Ministros, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la recomendación n.º R (1997) 22 por la que se enuncian las directrices sobre la aplicación de la noción de terceros países seguros. En esta recomendación, el Comité aprobó las directrices que se indican a continuación, sin perjuicio de los demás instrumentos internacionales aplicables entre los Estados miembros: a) el país tercero debe respetar las normas internacionales en la esfera de los derechos humanos relativas al asilo, tal y como se establecen en los instrumentos universales y regionales, incluida la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; b) el país tercero debe respetar los principios internacionales que regulan la protección de los refugiados, tal y como se establece en el Convenio y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, teniendo en cuenta en particular el principio de no devolución; c) el país tercero debe asegurar una protección efectiva contra la devolución, así como la posibilidad de solicitar el asilo y beneficiarse de él; d) el país tercero debe haber concedido una protección efectiva al solicitante de asilo o haberle dado la posibilidad, en la frontera o en el territorio del país tercero, de entrar en contacto con las autoridades de ese país para solicitarles protección antes de dirigirse al Estado miembro en el que ha solicitado asilo, o el solicitante de asilo, a causa de su situación personal, especialmente de sus relaciones anteriores con el país tercero, ha de poder ser admitido en este último utilizando como base una prueba manifiesta. En la mencionada Resolución de Londres, los Estados miembros también definieron la noción de terceros países de acogida a los que puede ser enviado el solicitante de asilo y decidieron que un solicitante de asilo puede ser enviado a un Estado si: su vida y su libertad no están amenazadas en él; no corre el riesgo de ser sometido a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes; ya ha obtenido la protección de ese país o puede ser admitido en él de forma manifiesta; y se beneficia en él de una protección efectiva contra la devolución.

487. Por tanto, la noción de «país seguro» permite a los Estados miembros aplicar un procedimiento de examen que, al mismo tiempo que respeta la garantía de un trato individual, es acelerado, puesto que el Estado de origen es reconocido como «seguro». No obstante, los Estados conservan un margen de maniobra importante para definir la noción de «país seguro», lo cual dificulta la interpretación

de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 50, 25 de febrero de 2003, pág. 1). El Reglamento (CE) n.º 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003 establece las disposiciones de aplicación del Reglamento 343/2003, ibíd., L 222, 5 de septiembre de 2003, pág. 3.

¹⁰⁴⁸ Resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida, 30 de noviembre y 1.º de diciembre de 1992, SN 4823/92.

uniforme de los criterios de «seguridad». Por consiguiente, el Estado autor de la expulsión debe indagar si existen esos riesgos y cuál es su pertinencia, y no puede recurrir al criterio del orden público para expulsar al extranjero. En consecuencia, cuando un Estado miembro rechaza la solicitud de asilo presentada por un extranjero, está obligado a expulsar al interesado a un país seguro, que puede ser el país de origen u otro Estado tercero¹⁰⁴⁹.

488. Como marco para que el Estado que expulsa evalúe la situación del Estado de destino, el Consejo de la Unión Europea debe aprobar una lista mínima común, que pueda modificarse, de países terceros que tengan la consideración de países de origen seguros para los Estados miembros de la UE. Esta lista debe elaborarse teniendo en cuenta la información procedente de los Estados miembros y el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones nacionales competentes. La lista no impide que los Estados consideren como seguros otros países de origen, aunque en tal caso deberán notificarlo a la Comisión Europea. La elaboración de esta lista debe contribuir a acelerar la tramitación de las solicitudes de asilo. Por su parte, el artículo 36 de la Directiva 2005/85/CE establece que un país tercero europeo es seguro si ha ratificado la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Convenio europeo de derechos humanos y observa sus disposiciones, si cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y si figura en la lista común de países seguros elaborada por el Consejo. No obstante, según la Directiva,

[1]a designación de un tercer país como país de origen seguro no podrá [...] establecer una garantía absoluta de seguridad para los nacionales de dicho país. [...] [E]s importante que, cuando un solicitante demuestre que existen motivos serios para que no se considere a un país como seguro en sus circunstancias particulares, la designación del país como seguro ya no puede considerarse en cuanto a lo que dicho solicitante se refiere¹⁰⁵⁰.

489. Esta forma de proceder ha sido criticada por algunos autores. A este respecto, Julien-Laferrière considera que

los Estados europeos tienen la intención de limitar al máximo la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, incluso cuando éstos solicitan asilo. A tal fin, tratan de establecer mecanismos destinados a hacer que los solicitantes de asilo permanezcan, si no en su propio país de origen o residencia, al menos en los países o las zonas geográficas que están más cerca de su país de origen. El uso de la noción de «tercer país seguro» cumple perfectamente esa función¹⁰⁵¹.

La celebración de acuerdos de readmisión, o la inserción de cláusulas de readmisión en los acuerdos internacionales, tiene en parte por objeto facilitar la aplicación de esas políticas de expulsión a «países seguros».

490. Esta noción, de reciente aparición y confinada por ahora a la práctica europea, aún no puede ser objeto de un proyecto de norma de alcance general, tanto más cuanto que se trata de un concepto esencialmente fluctuante.

¹⁰⁴⁹ Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1.º de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 326, 13 de diciembre de 2005, pág. 13; corrección de errores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 236, de 31 de agosto de 2006, pág. 36.

¹⁰⁵⁰ Párrafo 21 del preámbulo de la Directiva 2005/85/CE (véase la nota precedente).

¹⁰⁵¹ Julien-Laferrière, «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», pág. 282.

2. ESTADO DE DESTINO

491. Hay varias posibilidades en lo que respecta al Estado de destino de los extranjeros sujetos a expulsión, entre otras, el Estado de nacionalidad, el Estado de residencia, el Estado que hubiera expedido los documentos de viaje al extranjero, el Estado de desembarque, el Estado parte en un tratado, el Estado que consienta en recibir a los extranjeros expulsados y otros Estados. La legislación nacional de los Estados suele prever la expulsión de los extranjeros a distintos Estados en función de las circunstancias del caso de que se trate¹⁰⁵². La determinación del Estado de destino puede entrañar un examen de la admisibilidad de un extranjero en un Estado determinado.

a) Estado de nacionalidad

492. El Estado de nacionalidad parece ser el destino natural, y en todo caso el más habitual, del extranjero que es objeto de una medida de expulsión, puesto que ese Estado tiene la obligación de admitir a sus nacionales con arreglo al derecho internacional. Esta obligación se consagra en la Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes¹⁰⁵³. Pero un extranjero puede oponerse a su entrega al Estado de su nacionalidad, bien porque corra el riesgo de ser sometido a tortura, bien por consideraciones relacionadas con su estado de salud. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia son unánimes a este respecto. El artículo 22, párr. 7, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone en este sentido que:

Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea el Estado de origen.

493. La doctrina también se inclina por considerar que el Estado está obligado a admitir a sus nacionales¹⁰⁵⁴. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideraba que el Estado no podía impedir el acceso de sus nacionales a su territorio¹⁰⁵⁵. Algunos autores estiman que ello es el corolario necesario del derecho de expulsión del Estado, en la medida en que permite dar efecto a ese derecho¹⁰⁵⁶.

494. Se ha planteado la cuestión de si un Estado tiene la obligación de admitir a un nacional que haya sido objeto de

¹⁰⁵² «El derecho interno a menudo prevé el alejamiento o la expulsión de los extranjeros a todo tipo de jurisdicciones» (Plender, *op. cit.*, pág. 468).

¹⁰⁵³ El artículo 6, párr. 2, estipula lo siguiente: «Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio».

¹⁰⁵⁴ Véase Doehring, *loc. cit.*, pág. 111; Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 255; Harris, *op. cit.*, pág. 505; Plender, *loc. cit.*, pág. 26; y Shearer, *op. cit.*, pág. 78; véase también Agrawala, *International Law. Indian Courts and Legislation*, pág. 103.

¹⁰⁵⁵ «Règles internationales...» (art. 2): «En principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio a sus súbditos ni a quienes, tras haber perdido la nacionalidad de ese Estado, no hayan adquirido ninguna otra».

¹⁰⁵⁶ Véase Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 136 (en referencia a Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, pág. 361, y Oppenheim, *International Law* (8.ª ed., 1955), vol. I, págs. 645 y 646); Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 944; y Plender, *op. cit.*, pág. 459.

una expulsión ilícita¹⁰⁵⁷. En otras palabras, ¿tiene un Estado la obligación de admitir a sus nacionales cuando el Estado que los haya expulsado no tenga derecho a hacerlo, o lo haga conculcando las normas del derecho internacional? Esta cuestión requiere un examen de la relación entre el derecho que asiste a cualquier Estado territorial de expulsar a extranjeros de su territorio y la obligación que incumbe al Estado de nacionalidad de recibir a aquellos de sus nacionales que hayan sido expulsados de otros Estados, así como un examen de las posibles consecuencias jurídicas de una expulsión ilícita desde el punto de vista de las vías de recurso disponibles. Parece que la opinión tradicional es que un Estado tiene la obligación de admitir a sus nacionales como consecuencia de su nacionalidad independientemente de que su expulsión hubiese sido lícita o ilícita o de cualquier otra circunstancia que pudiese haber influido en la devolución de uno de sus nacionales¹⁰⁵⁸.

495. Se ha destacado la posibilidad de que el Estado de la nacionalidad imponga el cumplimiento de una serie de requisitos para admitir a sus nacionales, tales como la presentación de una prueba de nacionalidad en forma de pasaporte u otra documentación. Cuando los nacionales no están en condiciones de presentar dicha información pueden plantearse problemas de tipo práctico. Se ha sugerido que quienes reclamen su derecho a retornar deben tener una oportunidad razonable de determinar su nacionalidad, así como la posibilidad de interponer un recurso contra la denegación de nacionalidad. Tras exponer el estado de la situación, según se desprende de la legislación de varios países, Sohn y Buergenthal llegan a la siguiente conclusión:

Sea como fuere, deberá darse la oportunidad de acreditar su condición nacional a quienes reclamen su derecho a retornar y el asunto deberá examinarse de forma objetiva mediante la aplicación de las debidas garantías procesales. En caso de que se denegase una solicitud de nacionalidad y, por consiguiente, el derecho a entrar en el país, se debería facilitar la posibilidad de recurrir dicha decisión ante las autoridades judiciales o administrativas competentes¹⁰⁵⁹.

496. También se ha planteado la cuestión de si la obligación de admitir a un nacional se aplica a las personas con doble nacionalidad (o nacionalidad múltiple) y en qué medida afecta a los respectivos Estados de la nacionalidad. Como indicó el Relator Especial en sus informes tercero y cuarto¹⁰⁶⁰, la cuestión se rige por las normas del derecho internacional relativas a la nacionalidad y, por tanto, excede el alcance del presente estudio. No obstante, conviene recordar que las nacionalidades tienen igual valor y que los derechos dimanantes de ellas se reconocen también a los beneficiarios de la doble o múltiple nacionalidad.

¹⁰⁵⁷ «Además, no está nada claro que un Estado tenga la obligación de acoger a aquellos de sus nacionales que hayan sido expulsados ilícitamente de otro Estado, al menos en la medida en que la obligación de admisión es una obligación que existe únicamente entre Estados» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, págs. 201 y 202).

¹⁰⁵⁸ Véase Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, págs. 39 y 40 (donde se citan los fallos de la CIJ en el caso *Nottebohm* [segunda fase, fallo, C.I.J. *Recueil* 1955, pág. 4; véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 46] y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Van Duyn* (nota 148 *supra*), pág. 1337).

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, pág. 47; y Harris, *op. cit.*, pág. 506.

¹⁰⁶⁰ *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581 y *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594, respectivamente.

497. La legislación de algunos Estados¹⁰⁶¹ prevé la expulsión de un extranjero al Estado de su nacionalidad o a otro Estado con el que esté especialmente vinculado. Así, el Estado que expulsa puede devolver un extranjero: al Estado del que sea ciudadano o nacional¹⁰⁶² o nativo¹⁰⁶³; al Estado al que «pertenzca» el extranjero¹⁰⁶⁴; al Estado de «origen» del extranjero (cuando dicho Estado no sea el de nacionalidad)¹⁰⁶⁵; o al Estado de nacimiento del extranjero¹⁰⁶⁶. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal¹⁰⁶⁷, opción principal alternativa¹⁰⁶⁸, opción secundaria a su elección¹⁰⁶⁹ u opción secundaria alternativa¹⁰⁷⁰.

498. En general, los tribunales nacionales han confirmado el derecho que asiste a un Estado de expulsar a un extranjero al Estado de su nacionalidad¹⁰⁷¹. Además,

¹⁰⁶¹ El análisis de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia nacional se basa en el Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párrs. 511 a 513.

¹⁰⁶² Belarús, Ley de 1998, arts. 19 y 33; Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), C), i) y 2), D) y 250; Francia, Código, arts. L.513-2 1) y L.532-1; Japón, Orden de 1951, art. 53, 1); Nigeria, Ley de 1963, arts. 17, 1), c), i) y 22, 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 1).

¹⁰⁶³ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250.

¹⁰⁶⁴ Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 13, 12), Ley n.º 40 (1998), art. 11, 12), Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), a).

¹⁰⁶⁵ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley n.º 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

¹⁰⁶⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), C), iv) y vi); Japón, Orden de 1951, art. 53, 2), 4) y 5); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 2), 1).

¹⁰⁶⁷ Belarús, Ley de 1998, art. 19; Francia, Código, arts. L.513-2, 1) y L.532-1; Italia, Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Orden de 1951, art. 53, 1); Nigeria, Ley de 1963, art. 17, 1), c); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 1).

¹⁰⁶⁸ Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), a); Nigeria, Ley de 1963, art. 22, 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley n.º 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 252. Un Estado podrá permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250); dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), a); Nigeria, Ley de 1963, art. 22, 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 78); o no especificar a quién corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Suecia, Ley n.º 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9).

¹⁰⁶⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240, b), 1), C), 2), D) (pero sólo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero).

¹⁰⁷⁰ Un Estado podrá permitir que el extranjero elija esta opción (República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 2), 1)-2)) o no especificar a quién corresponde la elección (Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1)).

¹⁰⁷¹ Véase, por ejemplo, Zimbabwe, *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another* (nota 61 *supra*), pág. 252; Sudáfrica, caso *Mohamed* (nota 61 *supra*); Alemania, caso de la decisión sobre prohibición de residencia (nota 61 *supra*), págs. 431 a 433; Canadá, *Chan v. McFarlane*, ILR, vol. 42, págs. 213 a 218; Estados Unidos, *United States ex rel. Hudak v. Uhl*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte, Nueva York, 1.º de septiembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, causa n.º 161, pág. 343 («[r]esulta extraño que se sostenga que existen límites en lo que respecta a la potestad de una nación soberana para deportar a un extranjero a su país natal, y ello tanto si ha entrado ilícitamente en los Estados Unidos directamente desde su país natal como a través de otro país»).

algunos tribunales nacionales han señalado que existe la presunción de que el Estado de la nacionalidad tiene que aceptar a sus nacionales cuando sean expulsados¹⁰⁷². Sin embargo, en otros asuntos los órganos judiciales competentes observaron que el Estado de nacionalidad no estaba necesariamente dispuesto a admitir a su nacional¹⁰⁷³. Se trata, no obstante, de excepciones poco numerosas en relación con lo que parece ser la tendencia dominante hasta el punto de constituir la norma en la materia.

b) Estado de residencia

499. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros a su Estado de residencia o a aquel en el que residieran antes de entrar en el Estado que expulsa¹⁰⁷⁴. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal¹⁰⁷⁵ u opción secundaria a su elección¹⁰⁷⁶.

c) Estado de expedición del pasaporte

500. Un extranjero puede ser devuelto al Estado que hubiera expedido su pasaporte en dos situaciones distintas. El pasaporte puede constituir una prueba que acredite la nacionalidad del extranjero. En ese caso, el extranjero sería devuelto al Estado de la nacionalidad. Sin embargo, los Estados pueden expedir pasaportes a no nacionales. En tal caso, el extranjero podría ser devuelto al Estado que hubiera expedido su pasaporte, pues la posibilidad de devolverlo a ese Estado parece ser un atributo fundamental de la emisión de un pasaporte válido. Observando a este respecto que el Tribunal Supremo del Brasil dictaminó en una ocasión que no se podía proceder a expulsar a un nacional rumano porque el Gobierno de Rumania se negaba a expedirle un pasaporte, un autor afirma lo siguiente:

En la actualidad existe un sólido corpus doctrinal favorable al planteamiento de que la posesión de un pasaporte conlleva la existencia de una obligación, vinculante para el Estado emisor, de readmitir a su titular si fuese expulsado de otro Estado y no tuviere otro sitio a donde ir. Esta obligación se reconoce con frecuencia en los tratados¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² Véase, por ejemplo, Estados Unidos, *United States ex rel. Tom Man v. Shaughnessy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur, Nueva York, 16 de mayo de 1956, ILR, vol. 23, pág. 400 («Si bien en la mayoría de los casos se podría presumir que 'el país en que nació' había consentido en aceptar un extranjero susceptible de ser deportado, dicha presunción, por sí sola, no pudo resistir el peso de los hechos de este caso»).

¹⁰⁷³ Véase Sudáfrica, caso *Aronowicz* (nota 631 *supra*), pág. 259 («Señaló que no todos los Estados estaban dispuestos a acoger a sus nacionales cuando otro Estado deseaba repatriarlos»); Estados Unidos, *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, 4 de junio de 1969, ILR, vol. 53, págs. 536 a 538 (el Estado de nacionalidad rehusó aceptar al deportado).

¹⁰⁷⁴ Belarús, Ley de 1998, art. 19; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), C), iii), 2), E), iii); Japón, Orden de 1951, art. 53, 2), 1)-2); República de Corea, Ley de 1992, art. 61, 2), 1). Un Estado podrá determinar este destino como tercera opción a su elección [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 2), E), iii)].

¹⁰⁷⁵ Belarús, Ley de 1998, art. 19.

¹⁰⁷⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), C) (pero sólo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 2), 1)-2).

¹⁰⁷⁷ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 45. El autor se refiere, entre otras cosas, a esa causa y a los documentos siguientes: *Feldman v. Justiça Publica*, 27 de septiembre de 1939, ILR, vol. 9, pág. 393; Acuerdo de 1961 entre Austria y la República Federal de Alemania (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 414, pág. 211); Acuerdo de 1954 entre Suecia

501. Por consiguiente, la cuestión de la devolución está claramente ligada a la del pasaporte. Pero éste no puede constituir una prueba suficiente de la nacionalidad, ya que no hay ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expedición de pasaportes a no nacionales. En efecto, se puede expedir un pasaporte a personas a quienes se haya concedido asilo o que, por motivos políticos, no puedan obtener uno de su propio Estado de nacionalidad. En definitiva, aunque el pasaporte constituye en sí mismo una garantía suficiente para la readmisión, el hecho de que un extranjero posea un pasaporte

no garantiza a su *titular* la entrada en el Estado de expedición, ya que la garantía de poder devolverlo que se desprende de la norma de derecho internacional consuetudinario está relacionada únicamente con obligaciones contraídas entre Estados¹⁰⁷⁸.

502. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros al Estado que les hubiese expedido los documentos de viaje¹⁰⁷⁹. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal¹⁰⁸⁰, opción principal alternativa¹⁰⁸¹ o como opción secundaria alternativa¹⁰⁸².

d) Estado de embarque

503. La legislación nacional de algunos Estados¹⁰⁸³ prevé la expulsión de los extranjeros al Estado de embarque¹⁰⁸⁴. El Estado expulsor puede devolver un extranjero al Estado desde el que hubiese entrado en su territorio o en el que se hubiese embarcado en el medio de transporte utilizado para entrar en el país¹⁰⁸⁵. Como observa un autor:

Una práctica habitual de las autoridades nacionales de inmigración consiste en recurrir en primer lugar al sitio en que el extranjero se embarcó para viajar al territorio del Estado que deporta. Además de ser la forma

y la República Federal de Alemania (ibíd., vol. 200, pág. 39); Acuerdo de 1954 entre Dinamarca y la República Federal de Alemania (ibíd., vol. 200, pág. 53); Acuerdo de 1958 entre Bélgica y los Países Bajos (ibíd., vol. 330, pág. 84); Acuerdo de 1962 entre Austria y Francia (ibíd., vol. 463, pág. 173); y al artículo 5 del Acuerdo europeo por el que se reglamenta la circulación de personas entre los países miembros de Consejo de Europa.

¹⁰⁷⁸ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 50.

¹⁰⁷⁹ Francia, Código, art. L.513-2 2); Italia, Decreto Ley n.º 286 (1998), art. 10, 3), Ley n.º 40 (1998), art. 8, 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 17, 1), c), ii); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1); Túnez, Ley de 1968, art. 5.

¹⁰⁸⁰ Italia, Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 17, 1), c).

¹⁰⁸¹ Italia, Ley n.º 40 (1998), art. 8, 3). Un Estado puede no especificar a quién corresponderá la elección.

¹⁰⁸² Un Estado puede no especificar a quién corresponderá la elección (Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1)).

¹⁰⁸³ Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 516.

¹⁰⁸⁴ Véase Shearer, *op. cit.*, págs. 77 y 78; véase también O'Connell, *International Law*, págs. 710 y 711.

¹⁰⁸⁵ Belarús, Ley de 1998, arts. 19 y 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Canadá, Ley de 2001, art. 115, 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), A)-B), 2), E), i)-ii), 250; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), arts. 10, 3) y 13, 12), Ley n.º 40 (1998), arts. 8, 3) y 11, 12), Decreto Ley de 1996, art. 7, 3); Japón, Orden de 1951, art. 53, 2), 3); Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), a); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 2), 3); Suecia, Ley n.º 529 de 1989, art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

más lógica de proceder, en ocasiones esta elección se deriva de la obligación jurídica que incumbe al transportista respecto del Estado que deporta, y que se limita solamente a volver a transportar al deportado al lugar en que hubiese embarcado. Cuando el país de embarque indica de antemano que no está dispuesto a recibir al extranjero, es necesario buscar otros destinos¹⁰⁸⁶.

El Estado expulsor puede determinar este destino como opción principal¹⁰⁸⁷, opción principal alternativa¹⁰⁸⁸, opción secundaria¹⁰⁸⁹, opción secundaria alternativa a elección del extranjero¹⁰⁹⁰ o como tercera opción a elección del extranjero¹⁰⁹¹.

504. Un Estado puede limitar la gama de opciones sobre este particular a los Estados de destino contemplados en virtud de arreglos o acuerdos especiales¹⁰⁹². Un Estado puede imponer condiciones a la elección de un Estado contiguo o adyacente¹⁰⁹³, que se aplicarían en particular a los extranjeros en situación de tránsito¹⁰⁹⁴, y, en el caso de las personas protegidas, puede elegir un Estado alternativo si el Estado de destino hubiese denegado al extranjero su solicitud de asilo¹⁰⁹⁵.

505. El Estado de embarque puede ser diferente del Estado de tránsito. Este último es el Estado en que el extranjero objeto de expulsión permanece legalmente durante un cierto período. Se ha afirmado que dicho Estado

no está obligado con arreglo al derecho internacional general a aceptar la devolución de una persona que haya pasado por su territorio o incluso que haya permanecido en él durante un considerable período de tiempo¹⁰⁹⁶.

No obstante, hay quien considera que los numerosos acuerdos bilaterales o regionales de readmisión celebrados en los

¹⁰⁸⁶ Shearer, *op. cit.*, págs. 77 y 78; véase también O'Connell, *op. cit.*, págs. 710 y 711.

¹⁰⁸⁷ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 1), A)-B); Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1).

¹⁰⁸⁸ Belarús, Ley de 1998, art. 22; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Italia, Ley n.º 40 (1998), art. 8, 3); Kenia, Ley de 1967, art. 8, 2), a); Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley n.º 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9. Un Estado podrá: a) permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250); b) dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenia, Ley de 1967, art. 8, 2), a), 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78); o c) no especificar a quién corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64, 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Italia, Ley n.º 40 (1998), art. 8, 3); Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Suecia, Ley n.º 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9).

¹⁰⁸⁹ Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 13, 12); Ley n.º 40 (1998), art. 11, 12), Decreto Ley de 1996, art. 7, 3).

¹⁰⁹⁰ Japón, Orden de 1951, art. 53, 2), 3); República de Corea, Ley de 1992, art. 64, 2), 3).

¹⁰⁹¹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 2), E), i)-ii).

¹⁰⁹² Italia, Decreto Ley de 1996, art. 7, 3).

¹⁰⁹³ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, b), 2), B).

¹⁰⁹⁴ Italia, Decreto Legislativo n.º 286 (1998), art. 10, 3).

¹⁰⁹⁵ Canadá, Ley de 2001, art. 115, 3).

¹⁰⁹⁶ Martin, *loc. cit.*, pág. 42, donde se cita, entre otros, el Convenio de Dublín.

últimos decenios, aplicables a esas situaciones de tránsito, a menudo ligados a regímenes más amplios en que se determina a qué Estado corresponde examinar una solicitud de asilo, como el Convenio de Dublín, contribuirían a la aplicación de un supuesto principio del país de primer asilo, aunque de la práctica de los Estados no se desprende ningún principio de este tipo. A decir verdad, incluso a falta de un acuerdo de readmisión, un Estado puede tener en cuenta la estancia anterior de un solicitante de asilo en un tercer Estado a la hora de decidir si le concede asilo, dado que, en última instancia, dichas decisiones son discrecionales. Esto se ha ilustrado del siguiente modo:

[U]n Estado C a quien se solicite la concesión de asilo a un nacional expuesto a ser perseguido en un Estado A, podría tener debidamente en cuenta la estancia y la aparente protección proporcionada a esa persona en un Estado B y rechazar la concesión de asilo por ese motivo. Pero en esas circunstancias, a falta de alguna otra promesa concreta de readmisión, el Estado B no está obligado a aceptar su devolución. El principio de no devolución, consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, no permitiría que el Estado C devolviese a la persona al Estado A y ésta bien podría permanecer indefinidamente en el territorio del Estado C, pese a la denegación de su solicitud de asilo¹⁰⁹⁷.

e) Estado parte en un tratado

506. Un Estado puede contraer la obligación de recibir extranjeros que sean nacionales de otros Estados partes en un tratado¹⁰⁹⁸. En ciertos casos, esa obligación puede estar contemplada en un tratado bilateral. Los Estados partes en un tratado de ese tipo pueden reservarse el derecho a denegar la admisión o la entrada de esos extranjeros en las circunstancias previstas en el tratado. Así, la naturaleza y el alcance de la obligación que incumbe a un Estado de admitir extranjeros dependerán de los términos del tratado, que pueden variar de uno a otro¹⁰⁹⁹.

507. En lo que respecta a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, algunos pueden conceder a los extranjeros el derecho de entrar libremente en el territorio de los Estados miembros, como ocurre en la Comunidad Económica Europea¹¹⁰⁰. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea garantiza en su artículo 39, entre otros, la libre circulación de los trabajadores dentro de dicha Comunidad. Este artículo, estipula, en su parte pertinente:

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

¹⁰⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁹⁸ Véase Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 898 y 899 (donde se hace referencia, entre otros instrumentos, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea; el Protocolo entre los Gobiernos de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia que exime a los nacionales de esos países de la obligación de disponer de un pasaporte o un permiso de residencia para permanecer en un país nórdico distinto del suyo, de 1954 (Islandia se adhirió al Protocolo en 1955); el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos, de 1957 (Islandia se hizo parte en el Convenio en 1966), modificado por un acuerdo ulterior de 1979 (RG, 84 (1980), pág. 376); y el Convenio entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo relativo a la transferencia del control de quienes atraviesan las fronteras externas del territorio del Benelux, de 1960).

¹⁰⁹⁹ Véase Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 498 (el autor cita un tratado de 1948 entre los Estados Unidos e Italia); Arnold, *op. cit.*, pág. 104.

¹¹⁰⁰ Doehring, *loc. cit.*, págs. 108 y 109.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará [entre otros] el derecho: [...]

b) de desplazarse libremente [...] en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

508. Por otra parte, el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea dispone que «quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro».

509. El Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos, contiene las siguientes disposiciones sobre la expulsión de extranjeros que sean nacionales de uno de los Estados contratantes:

Artículo 9

Un Estado Contratante no permitirá la entrada sin un permiso especial a un extranjero que haya sido expulsado de otro Estado Contratante. No obstante, no será necesario dicho permiso si un Estado que haya expulsado a un extranjero desea expulsarlo a través de otro Estado nórdico.

Si un extranjero que haya sido expulsado de un Estado nórdico tiene un permiso de residencia en otro Estado nórdico, ese Estado está obligado a acogerlo cuando así se lo solicite.

Artículo 10

Los Estados Contratantes aceptarán la devolución de un extranjero al que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, párrafos *a* y *b*, en lo que respecta a la obtención de un permiso de entrada, y párrafo *f*, el Estado interesado debería haber denegado la entrada en su frontera exterior y que hubiera viajado sin permiso desde ese Estado a otro Estado nórdico.

Asimismo, se aceptará la devolución de un extranjero que haya viajado directamente desde un Estado nórdico a otro sin un pasaporte válido o un permiso especial, si fueran necesarios.

Lo antedicho no se aplicará a los extranjeros que hayan residido en el Estado que desee devolverlos durante al menos un año desde la fecha de su entrada ilegal en dicho Estado ni a quienes, tras haber entrado ilegalmente, hayan obtenido un permiso de residencia o de trabajo en el Estado en que se encuentren.

[...]

Artículo 12

Las disposiciones de este Convenio relativas a los extranjeros expulsados se aplicarán también a los extranjeros que, con arreglo a la legislación finlandesa o sueca, hayan sido rechazados o expulsados de conformidad con lo dispuesto en dicha legislación, sin un permiso especial para retornar.

f) Estados que prestan su consentimiento y otros Estados

510. La legislación nacional de algunos Estados¹¹⁰¹ prevé la expulsión de los extranjeros a Estados que prestan su consentimiento y a otros Estados. Un Estado

puede devolver a un extranjero a cualquier Estado¹¹⁰², o a un Estado que lo acepte o a uno en que el extranjero tenga derecho a entrar¹¹⁰³. Un Estado puede ofrecer dicho destino cuando el extranjero pueda ser perseguido en el Estado de destino original¹¹⁰⁴ o cuando tenga la condición de protegido en el Estado expulsor y el Estado de destino original haya denegado su solicitud de asilo¹¹⁰⁵. Un Estado puede determinar este destino como opción principal alternativa¹¹⁰⁶, opción secundaria alternativa¹¹⁰⁷ o como opción de último recurso¹¹⁰⁸.

511. El derecho de un Estado a decidir si permite la entrada de extranjeros en su territorio está en consonancia con los principios de igualdad soberana e independencia política de los Estados, que se reconocen en los párrafos 1 y 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Jennings y Watts escriben:

Con arreglo al derecho internacional consuetudinario ningún Estado puede exigir que sus nacionales tengan derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado extranjero. La acogida de extranjeros es una cuestión discrecional y, en razón de su supremacía territorial, todo Estado es competente para excluir a los extranjeros de todo su territorio o de parte de él¹¹⁰⁹.

Posteriormente añaden: «Dado que un Estado no tiene por qué admitir extranjeros, puede acceder a ello sólo si se cumplen determinadas condiciones»¹¹¹⁰. Por tanto, un Estado no está obligado a admitir extranjeros en su territorio a menos que haya contraído obligaciones al respecto en virtud de ciertos tratados¹¹¹¹, como los relativos a los derechos humanos o la integración económica¹¹¹².

¹¹⁰² Canadá, Ley de 2001, art. 115, 3); Suecia, Ley n.º 529 de 1989, art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

¹¹⁰³ Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 241, *b*), 1), *C*), *iv*), 2), *E*), *vii*) y 507, *b*), 2), *B*); Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), *a*); Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Nigeria, Ley de 1960, art. 22, 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 21, 1) y 104, 3).

¹¹⁰⁴ Belarús, Ley de 1998, art. 33; Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 104, 3).

¹¹⁰⁵ Canadá, Ley de 2001, art. 115, 3).

¹¹⁰⁶ Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8, 2), *a*); Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suiza, Orden de 1999, art. 9. Un Estado puede requerir el consentimiento del extranjero para devolverlo al Estado de destino elegido (Kenya, Ley de 1976, art. 8, 2), *a*); dejar la elección a criterio del Ministro competente (Nigeria, Ley de 1963, art. 22, 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78); o no especificar a quién corresponde la elección (Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3, 23); Lituania, Ley de 2004, art. 129, 1); Suiza, Orden de 1999, art. 9).

¹¹⁰⁷ Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 21, 1), en el que no se especifica a quién corresponde la elección.

¹¹⁰⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 115, 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241, *b*), 1), *C*), *iv*), 2), *E*), *vii*); Suecia, Ley de 1989, art. 8.5.

¹¹⁰⁹ Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 897 y 898.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 899.

¹¹¹¹ Véase Estados Unidos, caso *Nishimura Ekiu* (nota 1015 *supra*); de Vattel, *Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*; Oda, *loc. cit.*, pág. 481; Brownlie, *op. cit.*, pág. 498; Hackworth, *Digest of International Law*, pág. 717. Véase también Hannum, *op. cit.*, pág. 61; Kelsen, *Principles of International Law*, pág. 366; y Sohn y Buergethal, *op. cit.*, pág. 46.

¹¹¹² Véase Lambert, *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁰¹ El análisis de las legislaciones nacionales que figura a continuación procede del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 523.

512. El derecho de un Estado a decidir si admite o no a un extranjero está reconocido en términos generales en el artículo I de la Convención sobre asilo territorial, de la OEA, que dispone:

Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno.

Por otra parte, la Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes, adoptada en la VI Conferencia Internacional Americana, reconoce que todos los Estados tienen el derecho de establecer las condiciones de entrada de los extranjeros en sus territorios¹¹¹³. Partiendo de esa base, como se ha observado anteriormente, el Tribunal Arbitral reconoció expresamente, en el caso *Ben Tillett*, el derecho que asiste a un Estado de denegar la entrada a un extranjero que, sobre la base de una apreciación soberana de los hechos, parezca representar una amenaza para la seguridad nacional¹¹¹⁴.

513. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en la causa *Moustaquim*, que el derecho de un Estado a pronunciarse sobre la entrada de extranjeros es un principio arraigado del derecho internacional:

la preocupación de los Estados contratantes por mantener el orden público, en particular mediante el ejercicio de su facultad, de honda raigambre en el derecho internacional y con sujeción a las obligaciones contraídas en virtud de tratados, de controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros¹¹¹⁵.

514. Como ya se señaló en este informe (párr. 465 *supra*), en el plano del derecho interno, ya en 1891 la Corte Suprema de los Estados Unidos sostenía que todas las naciones soberanas tenían la potestad de decidir si admitían extranjeros, y en qué condiciones, con arreglo al derecho internacional¹¹¹⁶. En el mismo orden de ideas, también ya se indicó (párr. 466 *supra*) que en 1906, en la causa *Cain*, el Comité Judicial del Consejo Privado (predecesor del Tribunal Supremo del Canadá) reconoció el derecho de un Estado a decidir si admite extranjeros, incluidos los nacionales de Estados amigos¹¹¹⁷.

D. Expulsión del extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo

515. El retorno supone que el país de reenvío acepte la entrada del expulsado en su territorio. Se admite que el extranjero debe ser enviado con carácter prioritario a su país de origen. Sin embargo, cuando la expulsión del extranjero a «su propio país» no es posible por ser demasiado arriesgada para su vida o su integridad física,

o porque las autoridades de ese país se oponen a readmitirlo, debe ser enviado a un tercer Estado. En tal caso, el Estado expulsor debe asegurarse de que el Estado al que se expulsa el extranjero lo acepte y de que la persona expulsada no sufrirá malos tratos.

516. Hay diferentes opiniones sobre si un Estado incurre en responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito al expulsar a un extranjero a un Estado que no tiene la obligación de recibirlo ni ha aceptado hacerlo. Se ha considerado que el amplio margen de discrecionalidad del Estado que expulsa a la hora de determinar el destino de la persona expulsada no es incompatible con el derecho del Estado que recibe a negarse a admitir a dicha persona si no tiene la obligación de hacerlo:

El amplio margen de discrecionalidad de que gozan las autoridades nacionales en modo alguno es incompatible con el principio general según el cual un extranjero no puede ser deportado a un Estado distinto del de su nacionalidad en contra de la voluntad de dicho Estado. En efecto, no es raro que las autoridades nacionales, haciendo uso de una facultad claramente contemplada en el derecho nacional, expulsen a un extranjero a un tercer Estado en el que, a su vez, las autoridades nacionales ejerzan la facultad, también claramente recogida en el derecho interno, de devolverlo al lugar de donde viene¹¹¹⁸.

Es más, se ha llegado a sugerir que el Estado que expulsa no viola el derecho internacional al expulsar al extranjero a un Estado que no tiene la obligación de recibir a esa persona, dado que el Estado que recibe aún puede ejercer su derecho a denegar la entrada del extranjero¹¹¹⁹. A este respecto, Plender añade:

En circunstancias normales, la expulsión de un extranjero a un país que no está dispuesto a admitirlo y que no tiene la obligación de hacerlo no genera responsabilidad internacional alguna, ya sea respecto del Estado al que se expulsa o respecto de cualquier Estado que tenga interés (en virtud de un tratado o por otros motivos) en preservar los derechos fundamentales del extranjero¹¹²⁰.

A su juicio, la expulsión reiterada de un extranjero a Estados que no están dispuestos a aceptarlo puede suponer el incumplimiento de las obligaciones específicas contraídas por el Estado que expulsa en una convención para la protección de los derechos humanos. En particular, dicha expulsión violaría la Convención sobre el estatuto de los refugiados si el extranjero en cuestión

es un refugiado y es devuelto, por cualquier forma que sea, a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas¹¹²¹.

517. No obstante, en sentido contrario, se ha considerado que tal conducta del Estado que expulsa es incompatible con la regla general según la cual un Estado no tiene la obligación de admitir a extranjeros en su territorio. Según O'Connell,

[u]n Estado no puede limitarse a conducir al extranjero a su frontera y arrojarlo al otro lado sin incurrir en responsabilidad respecto del Estado al que se expulsa al extranjero por la fuerza. Por tanto, sólo puede deportarlo a un país que esté dispuesto a recibirlo o al país de su nacionalidad¹¹²².

¹¹¹³ El artículo I dispone lo siguiente: «Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios».

¹¹¹⁴ Véase la nota 593 *supra*.

¹¹¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Moustaquim c. Belgique*, sentencia de 18 de febrero de 1991, *série A n.º 193*, párr. 43. Véanse también las causas *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 73; y *Vilvarajah*, párr. 102; *Ahmed*, párr. 38; *Bouchelkia*, párr. 48; y *H. L. R. c. France*, párr. 33 (nota 1014 *supra*).

¹¹¹⁶ Casos *Nishimura Ekiu* y *Chae Chan Ping* (nota 1015 *supra*).

¹¹¹⁷ Véase la nota 1016 *supra*.

¹¹¹⁸ Plender, *op. cit.*, pág. 468.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 469.

¹¹²⁰ *Ibid.*, págs. 468 y 469.

¹¹²¹ *Ibid.*, pág. 469.

¹¹²² O'Connell, *op. cit.*, pág. 710.

Incluso se ha estimado que

[l]a expulsión que causa pérdida concreta al Estado nacional que recibe a grupos sin aviso suficiente constituiría un motivo para reclamar indemnización como privilegio incompleto¹¹²³.

El propio Plender llega a la siguiente conclusión:

De la premisa según la cual por regla general un Estado no está obligado a admitir a extranjeros en su territorio se desprende que, en principio, el Estado no puede expulsar a un extranjero a un país distinto del de su nacionalidad, salvo que el Estado de destino acepte admitirlo¹¹²⁴.

518. Estas posiciones doctrinales se basan en la norma indiscutible del derecho internacional de que el establecimiento de las condiciones de entrada y permanencia en el territorio de un Estado entra dentro de las facultades soberanas de ese Estado. Imponer a un Estado la admisión contra su voluntad de un extranjero constituiría, como se ha observado, un atentado a su soberanía y su independencia política. Esta norma, que se desprende en particular del principio de soberanía territorial y del conjunto de los análisis precedentes sobre el Estado de destino, sirve de base para proponer el proyecto de artículo que figura a continuación, que entra sin duda alguna dentro del ámbito de la codificación:

Proyecto de artículo E1. Estado de destino del extranjero expulsado

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado a su Estado de nacionalidad.

2. Si el Estado de nacionalidad no está identificado, o existe el riesgo de que el extranjero objeto de expulsión sea sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes en ese Estado, será expulsado al Estado de residencia, el Estado de expedición del pasaporte o el Estado de embarque, o a cualquier otro Estado que acepte acogerlo, bien en virtud de un compromiso convencional, bien a solicitud del Estado que expulsa o, en su caso, del interesado.

¹¹²³ Brownlie, *op. cit.*, pág. 499.

¹¹²⁴ Plender, *op. cit.*, pág. 468.

3. Un extranjero no podrá ser expulsado a un Estado que no haya consentido admitirlo en su territorio o que se haya opuesto a su admisión, a no ser que el Estado en cuestión sea el Estado de nacionalidad del extranjero.

E. Estado de tránsito

519. En general, se otorga prioridad al retorno directo, sin escalas en puertos o aeropuertos de tránsito de otros Estados. Sin embargo, el retorno de personas en situación de estancia irregular puede exigir el tránsito por aeropuertos de ciertos Estados para realizar la conexión con el tercer Estado de destino¹¹²⁵. Por consiguiente, parece útil configurar un marco jurídico para este tipo de procedimientos. Ese marco podría establecerse a través de acuerdos bilaterales o mediante un instrumento jurídico multilateral. En cualquier caso, su elaboración excede el ámbito del presente tema.

520. Por el contrario, dado que se ha planteado el principio de la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, procede en este punto afirmar de manera expresa que las normas de protección de los derechos del extranjero en el Estado que expulsa se aplican *mutatis mutandis* en el Estado de tránsito. Por consiguiente, resulta adecuado proponer el proyecto de artículo siguiente:

Proyecto de artículo F1. Protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión en el Estado de tránsito

Las normas aplicables en el Estado que expulsa a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión se aplicarán igualmente en el Estado de tránsito.

¹¹²⁵ Comisión Europea, Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, 10 de abril de 2002, COM(2002) 175 final, secc. 3.3.

TERCERA PARTE

Consecuencias jurídicas de la expulsión

CAPÍTULO VII

Derechos del extranjero expulsado

A. Protección del derecho de propiedad y otros intereses análogos del extranjero expulsado

1. PROHIBICIÓN DE LA EXPULSIÓN CON FINES DE CONFISCACIÓN

521. Algunos autores se refieren a prácticas de expulsión dirigidas explícitamente a la confiscación de los bienes de extranjeros objeto de una decisión de expulsión. Observan, por ejemplo, que en Alemania se alegaron en el pasado pretextos económicos para justificar determinadas

expulsiones¹¹²⁶. Baviera fue, al parecer, el Estado que llegó más lejos en ese sentido, pues de 1919 a 1921 los dirigentes bávaros decretaron diversas expulsiones de extranjeros que afectaron a judíos. En 1923, G. R. von Kahr, investido de plenos poderes por el gobierno bávaro, puso en marcha la oleada de expulsiones más espectacular de la época de Weimar. Fueron expulsados judíos extranjeros, pero también otros originarios de los estados de Baden y de Prusia. Simultáneamente a la notificación de expulsión

¹¹²⁶ Weber, *loc. cit.*

se ordenaba la incautación de la vivienda y, en su caso, de la empresa de los expulsados. Según las instrucciones dadas por von Kahr al Ministerio del Interior,

[u]n comportamiento perjudicial para la vida económica es razón suficiente para proceder a la expulsión de extranjeros. Si se dicta una orden de expulsión contra el cabeza de familia, esa medida debe extenderse a los miembros de su familia que vivan en su hogar [...]. [L]os apartamentos y viviendas de los extranjeros expulsados se consideran incautados¹¹²⁷.

522. Después de la Segunda Guerra Mundial se planteó en algunos Estados occidentales la cuestión de los bienes de los alemanes expulsados por los nazis. En Checoslovaquia se promulgaron al respecto varios decretos presidenciales, los denominados «decretos beneš», de 21 de junio de 1945, entre ellos el Decreto n.º 12 sobre la confiscación y el reparto acelerados de los bienes agrícolas y las tierras de los alemanes y de los magiares, así como de los traidores y enemigos del pueblo checo y del pueblo eslovaco. Ese decreto se refería, pues, a la expropiación de las tierras agrícolas pertenecientes a los alemanes y a los húngaros. Estaban exentas de su aplicación las personas de nacionalidad alemana o húngara «que hubieran participado activamente en la lucha por la preservación de la integridad y la liberación de la República Checoslovaquia»¹¹²⁸. Ese decreto trataba de la expropiación sin referirse explícitamente a la cuestión de la expulsión de los alemanes propietarios de esas tierras. Sería el Acuerdo de Potsdam, firmado el 2 de agosto de 1945 por los Estados Unidos (Truman), el Reino Unido (Attlee) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (Stalin) el que legitimaría las expulsiones y los traslados a Alemania de poblaciones alemanas. El artículo XII, primer párrafo, referente al traslado de las poblaciones alemanas de Europa Oriental, disponía lo siguiente:

Examinada la cuestión en todos sus aspectos, los tres Gobiernos concluyeron que debía procederse al traslado a Alemania de las poblaciones alemanas o las partes de éstas que hubieran quedado en Polonia, en Checoslovaquia y en Hungría. Convinieron en que ese traslado debía llevarse a cabo en forma ordenada y humana.

Los desplazamientos de población —éxodos y expulsiones— habían comenzado de hecho con la liberación de los territorios ocupados por los nazis y el avance hacia el oeste del ejército soviético.

523. En virtud del Convenio para el arreglo de cuestiones derivadas de la guerra y la ocupación, firmado en Bonn el 26 de mayo de 1952¹¹²⁹, Alemania se comprometió a no oponer objeciones en el futuro a las medidas que se hubieran adoptado o se adoptaran en relación con los bienes y las propiedades alemanas en el extranjero confiscadas a título de reparaciones de guerra o indemnizaciones o como consecuencia del estado de guerra o sobre la base de acuerdos que hubieran concertado o concertaran las tres potencias con países aliados o neutrales o antiguos aliados de Alemania. El artículo 3, párr. 3, del capítulo sexto (Reparaciones) estipula que

¹¹²⁷ Reiner Pommerin, «Die Ausweisungen von 'Ostjuden' aus Bayern 1923», *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, n.º 3, 1986, citado por Weber, *loc. cit.*, nota 31.

¹¹²⁸ Véase Bazin, «Les décrets beneš et l'intégration de la République Tchèque dans l'Union européenne».

¹¹²⁹ El Convenio sigue actualmente en vigor.

[n]o es admisible reivindicación ni acción alguna contra las personas que hayan adquirido esos bienes o hayan sido beneficiarias de un traspaso de propiedad con arreglo a las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, ni contra organizaciones internacionales, gobiernos extranjeros o personas que hayan actuado siguiendo instrucciones de esas organizaciones o esos gobiernos.

Por último, el artículo 5 del mismo capítulo dispone que

[c]orresponderá a la República Federal [de Alemania] velar por que los antiguos propietarios de los bienes confiscados de conformidad con las medidas mencionadas en los artículos 2 y 3 de ese capítulo reciban indemnizaciones¹¹³⁰.

524. En los años cincuenta, la Sudetendeutsche Landsmannschaft (asociación de los alemanes de los Sudetes) formuló en la República Federal de Alemania demandas de restitución de los bienes confiscados y de indemnización por los daños sufridos a raíz de las expulsiones. Esas demandas apenas si se han modificado desde entonces, pero el contexto posterior a la Guerra Fría les ha dado nuevo impulso:

— Reivindicación, para los alemanes expulsados, de un *Heimatrecht*, es decir, de un derecho a regresar que les permita establecerse en la República Checa, obtener automáticamente la ciudadanía checa y gozar en la República Checa de los derechos específicos otorgados a las minorías nacionales. Desde ese punto de vista, la integración de la República Checa en la UE y la aplicación en ese marco del derecho de residencia para todos los ciudadanos de la Unión no responden sino parcialmente a esa reivindicación, pues no garantizan a los nuevos residentes derechos «diferentes» a los de los demás habitantes del lugar;

— Demanda de restitución de los bienes expropiados y de indemnización por los daños sufridos a raíz de la expulsión;

— Demanda de abrogación de los decretos beneš para los alemanes de Checoslovaquia¹¹³¹.

525. A partir de 1989, los sucesivos gobiernos alemanes se han negado, al parecer, a respaldar oficialmente las reivindicaciones de los alemanes de los Sudetes. El Canciller Schröder expuso con claridad la posición del gobierno socialdemócrata en un discurso pronunciado en Berlín el 3 de septiembre de 2000 ante la asamblea de los *Vertriebenen* (expulsados) con ocasión del Congreso de la *Heimat* (patria). Aun reconociendo el carácter «injusto e injustificable» de toda forma de expulsión, el Canciller recordó que Alemania no tenía «ninguna reivindicación territorial frente a ninguno de sus vecinos» y que el Gobierno no plantearía ante la República Checa

¹¹³⁰ En la República Federal de Alemania se votó el 16 de mayo de 1952 una Ley de compensación (*Lastenausgleichgesetz*) que permitió a los expulsados recibir del Gobierno una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz del desplazamiento. El monto total de las indemnizaciones pagadas a los alemanes expulsados de los territorios de Europa Oriental al término de la guerra se estima en 146.000 millones de marcos alemanes. En la República Democrática Alemana no se reconoció a los «refugiados» un estatuto especial, y el Gobierno no introdujo indemnizaciones como las previstas en la Ley de compensación para prestar ayuda a los expulsados instalados en la República Democrática Alemana. Tras la reunificación, sin embargo, esas personas o sus descendientes recibieron del Gobierno de Alemania una suma de dinero en virtud de la *Lastenausgleichgesetz*.

¹¹³¹ Bazin, *loc. cit.*, pág. 4.

ninguna cuestión relacionada con propiedades, y añadió que «algunas medidas adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial, como los decretos beneš, habían dejado de tener validez». Aunque a principios de 2002 el Canciller Schröder decidiera aplazar una visita oficial prevista a la República Checa, en general ese asunto parece haberse percibido a escala federal en Alemania como una cuestión de importancia marginal frente a las de la reunificación o las relaciones de Alemania con Europa Oriental. Según un autor, las asociaciones de expulsados están lejos de concitar las simpatías de la mayoría de la opinión alemana, que les atribuye nostalgia de un pasado de la que precisamente esa mayoría querría disociarse¹¹³².

526. También en contextos diferentes de un conflicto internacional como la Segunda Guerra Mundial se han dado casos de «expulsión confiscatoria» en los que las autoridades de un país han expulsado a extranjeros para despojarlos ilegalmente de sus bienes. Así ocurrió en el caso *Nottebohm*¹¹³³ y en los casos de la expulsión de los asiáticos de Uganda¹¹³⁴ y de los ciudadanos británicos de Egipto¹¹³⁵. La legalidad de esas expulsiones se ha cuestionado por la inexistencia de un motivo válido de expulsión¹¹³⁶ y desde el punto de vista de los derechos humanos relacionados con los intereses patrimoniales, como se explica a continuación.

2. PROTECCIÓN DE LOS BIENES DE LOS EXTRANJEROS, AUN DE LOS QUE HAYAN SIDO EXPULSADOS REGULARMENTE

527. Los extranjeros que, habiendo vivido en un Estado y trabajado regularmente en él, son objeto de una medida de expulsión disponen por lo general de un patrimonio que es necesario proteger en el contexto de la expulsión. La expulsión debe ser conforme a las normas de derecho internacional que rigen los derechos de propiedad y otros intereses económicos de los extranjeros, y no puede privar a los afectados del derecho de disponer y disfrutar de esos bienes. El párrafo 2 del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula:

Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone en la parte pertinente de su artículo 22 que:

¹¹³² *Ibid.* Cabe observar que, según parece, los decretos beneš siguen siendo válidos en la medida en que nunca fueron formalmente derogados, aunque parecen haber caído en desuso, puesto que ya no se aplican.

¹¹³³ Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 46. Véase información detallada al respecto en Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 211.

¹¹³⁴ *Ibid.*, págs. 212 a 216.

¹¹³⁵ *Ibid.*, pág. 216.

¹¹³⁶ Véase Sohn y Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», pág. 566, donde se hace referencia al Proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado por la Harvard Law School en 1961, y en particular a los artículos 10 (Expropiación y privación del uso o goce de bienes) y 11 (Privación de medios de vida), redactados por los autores. Conviene señalar asimismo el artículo 11, párr. 2, apdo. b, que prohíbe toda expulsión dirigida a privar a un extranjero de sus medios de vida (documento reproducido en el primer informe sobre la responsabilidad de los Estados de Roberto Ago, Relator Especial, *Anuario...* 1969, vol. II (documento A/CN.4/217 y Add.1), anexo VII, pág. 148).

6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

[...]

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de acuerdo con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

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

Está garantizado el derecho a la propiedad. Solamente podrá ser violado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.

529. La Convención americana sobre derechos humanos dispone en su artículo 21 (Derecho a la propiedad privada):

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social;

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley;

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

530. El artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales garantiza en sustancia el derecho a la propiedad. La protección otorgada por esa disposición es aplicable no sólo cuando es el propio Estado el que se apropia de los bienes, sino también cuando la privación sufrida por un particular es el resultado de una cesión forzosa a solicitud y en beneficio de otro particular en las condiciones establecidas por la ley.

531. Puede constituir expulsión ilegal la expulsión de un extranjero que conlleve confiscación ilegal¹¹³⁷, destrucción o expropiación¹¹³⁸, «las expulsiones sumarias en las que las víctimas han sido obligadas a renunciar a sus bienes, entregándolos así al pillaje o a la destrucción, o a liquidarlos»¹¹³⁹.

¹¹³⁷ «Es ilegal toda imposición que adopte la forma de confiscación. Es razonable concluir asimismo que es ilegal toda expulsión acompañada de confiscación» (Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 217).

¹¹³⁸ «Según el caso *Hollander*, un extranjero no puede ser expulsado sin haber tenido la posibilidad de adoptar disposiciones en interés de su familia y de sus asuntos. [...] No cabe al parecer concluir a la luz del caso *Hollander* que exista una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expropiación de los bienes de las personas expulsadas ni la anulación retroactiva de las disposiciones adoptadas por esas personas respecto de sus bienes» Sharma y Wooldridge, *loc. cit.*, pág. 412 (en relación con el caso *Hollander US v. Guatemala*, IV Moore's Digest 102).

¹¹³⁹ Borchard, *op. cit.*, pág. 60. Todas esas formas de expulsión dan derecho a indemnización, en opinión de comisiones internacionales (en las notas 2 y 3 el autor se remite a *Gardiner (U.S.) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 269; *Jobson (U.S.) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 553; *Gowen and Copeland (U.S.) v. Venezuela*, 5 de diciembre de 1885, Moore's Arb. 3354 a 3359). Véase, en el mismo sentido, Ilyomade, *loc. cit.*; véase asimismo Doehring, *loc. cit.*, pág. 111.

532. La privación ilegal de bienes puede constituir el fin inconcesado de la expulsión. «Por ejemplo, ‘el derecho’ de expulsión puede ejercerse [...] para expropiar los bienes del extranjero. [...] En ese caso, el ejercicio de esa facultad está fuertemente viciado por ese fin último ilegal que se persigue»¹¹⁴⁰. A ese respecto conviene recordar el artículo 9 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que estipula:

Ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos¹¹⁴¹.

533. Algunas legislaciones nacionales¹¹⁴² protegen los intereses patrimoniales y económicos de los extranjeros en caso de expulsión al estipular expresamente que la expulsión no menoscaba los derechos adquiridos por el extranjero de conformidad con la legislación interna, en particular el derecho a un salario u otras prestaciones¹¹⁴³; o que las contribuciones y prestaciones sociales vinculadas al trabajo deben ser transferidas a su país de procedencia¹¹⁴⁴.

534. Otras legislaciones nacionales obligan al Estado a pagar una indemnización por los bienes que adquiera como resultado de la expulsión de un extranjero o que excedan del monto debido al Estado o, en su defecto, un monto razonable determinado por una jurisdicción competente¹¹⁴⁵. Como garantía del pago de las deudas que los extranjeros hayan contraído o puedan contraer, el Estado puede embargar los bienes de los extranjeros, ya sea unilateralmente por el tiempo que la ley autorice¹¹⁴⁶ o por decisión judicial¹¹⁴⁷. El Estado puede autorizar a sus funcionarios a buscar, embargar y retener objetos de valor de los extranjeros hasta que se determinen las responsabilidades financieras del extranjero y se cancelen las deudas pendientes¹¹⁴⁸. El Estado puede asimismo permitir la incautación¹¹⁴⁹, la enajenación¹¹⁵⁰ o la destrucción¹¹⁵¹ de los bienes confiscados.

3. DERECHOS DE PROPIEDAD Y OTROS INTERESES ANÁLOGOS

535. Según una parte de la doctrina, debe ofrecerse al extranjero expulsado una posibilidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado que expulsa. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional adoptó una disposición en la que se preveía que los extranjeros domiciliados, residentes o con un establecimiento comercial en el Estado que expulsa deben tener la posibilidad de liquidar su situación y sus intereses antes de abandonar el territorio de ese Estado:

¹¹⁴⁰ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 209; véanse también las páginas 216, 307 y 308.

¹¹⁴¹ Véase la nota 579 *supra*.

¹¹⁴² Análisis precedentes del Memorando de la Secretaría (nota 18 *supra*), párr. 481.

¹¹⁴³ Argentina, Ley de 2004, art. 67.

¹¹⁴⁴ Italia, Decreto Ley de 1996, art. 5.

¹¹⁴⁵ Australia, Ley de 1958, arts. 3, B, 261, H, 3), b), ii), 6).

¹¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 223, 1) a 8).

¹¹⁴⁷ *Ibíd.*, arts. 222 y 223, 9) a 14); y Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 26.

¹¹⁴⁸ Australia, Ley de 1958, arts. 223, 14) a 20) y 224.

¹¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 261, B, 1) y 2) y D.

¹¹⁵⁰ *Ibíd.*, art. 261, F a I y K.

¹¹⁵¹ *Ibíd.*, art. 261, E, 1) y 2).

La expulsión de extranjeros que estén domiciliados, residan o tengan un establecimiento comercial en el territorio sólo podrá ordenarse de forma que no defraude la confianza que tuvieran en las leyes del Estado. Deberán gozar de libertad para utilizar, directamente cuando proceda o por medio de un tercero elegido por ellos, cualquier procedimiento jurídico posible para ocuparse de sus asuntos e intereses, incluidos sus bienes y obligaciones, en el territorio¹¹⁵².

536. Según algunos autores,

[s]alvo en tiempo de guerra o peligro inminente para la seguridad del Estado, debe concederse al extranjero expulsado tiempo suficiente para arreglar sus asuntos personales. Debe tener una posibilidad razonable de disponer de sus bienes y haberes, y autorización para llevar consigo o transferir dinero y otros activos al país de destino; en ninguna circunstancia debe ser sometido a medidas de expropiación ni obligado a separarse de sus bienes o activos¹¹⁵³.

Según Schwarzenberger,

la expulsión abrupta o la expulsión de manera ofensiva constituye una violación de las normas mínimas de derecho internacional que el Estado de origen puede esperar que se cumplan. Si un Estado elige ejercer su discreción soberana en contravención de esa norma, no está abusando de su soberanía. Simplemente, infringe una norma prohibitiva en cuya virtud se limitan sus derechos de jurisdicción exclusiva¹¹⁵⁴.

La denegación de esa posibilidad al extranjero abre la vía a reclamaciones internacionales. Así, en el caso *Hollander*, los Estados Unidos pidieron reparación a Guatemala por la expulsión sumaria de un nacional estadounidense, señalando que el Sr. Hollander

fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [...] Con independencia de las facultades que le atribuyan sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que había cometido más de tres meses antes¹¹⁵⁵.

537. Más de un siglo después, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán falló, en el caso *Rankin*, que la expulsión era ilegal si privaba al extranjero en cuestión de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales:

La aplicación de esta política podría, en términos generales, infringir los requisitos procesales y sustantivos que limitan el derecho de los Estados a expulsar a extranjeros de su territorio, según se desprende de las disposiciones del Tratado de Amistad y del derecho internacional consuetudinario. [...] Por ejemplo, [...] privando al extranjero de una posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales antes de su expulsión¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² «Règles internationales...», art. 41.

¹¹⁵³ Véase Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, pág. 96. Véase, en el mismo sentido, Oda, *loc. cit.*, pág. 483.

¹¹⁵⁴ Schwarzenberger, *loc. cit.*, págs. 309 y 310. Véase también Borchard, *op. cit.*, pág. 56 (en la nota 1 cita, en particular, el caso *Hollander v. Guatemala* (Foreign Relations, 1895, II, 776)). Véanse asimismo diversos casos antiguos, de finales del siglo XIX también citados por Borchard: *Scandella v. Venezuela* en 1898, *Jobson (U.S.) v. Mexico* y *Gowen and Copeland (U.S.) v. Venezuela*, y en la nota 5 los casos *Maal, Boffolo y Jaurett* (véase la nota 582 *supra*). Véase además Hershey, *op. cit.*, pág. 375.

¹¹⁵⁵ Moore, *op. cit.*, pág. 107. Véase también Harris, *op. cit.*, pág. 503, donde se cita el caso *Breger* (expulsado de Rodas en 1938, habría bastado probablemente con un aviso previo de seis meses), carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un congresista, 1961, 8 Whiteman 861.

¹¹⁵⁶ *Jack Rankin v. the Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports* (Cambridge, Grotius, 1988), vol. 17, pág. 147, párr. 30, e y nota 20

538. Esas consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales, que pueden dar expresamente al extranjero la posibilidad razonable de arreglar antes de su partida del país cualquier reclamación salarial u otra prestación¹¹⁵⁷; o prever expresamente la liquidación de los asuntos del extranjero expulsado¹¹⁵⁸. También pueden precisar las medidas que deben adoptarse para garantizar la protección de los bienes del extranjero durante la detención de éste en espera de su expulsión¹¹⁵⁹.

539. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea¹¹⁶⁰, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de guerra. Esa Comisión señaló que las partes estaban de acuerdo con respecto a que seguían siendo aplicables las normas de tiempo de paz que prohibían la expropiación. Sin embargo, puso de relieve la pertinencia del *jus in bello* en lo tocante al trato de los bienes de enemigos en tiempo de guerra. Asimismo examinó la evolución de esta rama del derecho desde finales del siglo XVIII y reconoció que los beligerantes tenían amplios poderes para tomar medidas respecto de los bienes de extranjeros enemigos en tiempo de guerra. Sin embargo, esa Comisión también reconoció que esos poderes no eran ilimitados y determinó que un beligerante tenía el deber de asegurar, en la medida de lo posible, que los bienes de extranjeros enemigos no fueran objeto de despojo ni desperdicio. También determinó que la congelación u otras formas de afectación de los bienes privados de extranjeros enemigos en tiempo de guerra debían ser llevadas a cabo por el Estado en condiciones que contemplaran su protección y su eventual devolución a sus propietarios o disposición mediante un acuerdo en el período posbélico.

540. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía señaló que las reclamaciones no se referían al trato de los bienes de enemigos en general, sino al trato de los bienes de extranjeros enemigos que eran objeto de expulsión. Por consiguiente, consideró las medidas específicas adoptadas con respecto a los bienes de extranjeros enemigos que eran objeto de expulsión, así como el efecto acumulativo de dichas medidas. También consideró la sustancia de las medidas para determinar si eran razonables o arbitrarias o discriminatorias y si los procedimientos relativos a dichas medidas cumplían los estándares mínimos de trato justo y razonable necesarios en las circunstancias especiales de tiempo de guerra.

541. Más concretamente, la Comisión de Reclamaciones examinó en detalle la licitud del régimen de poderes establecido para la preservación de los bienes; la venta forzosa de bienes inmuebles; las medidas tributarias; la ejecución de préstamos, y el efecto acumulativo de las diversas medidas adoptadas respecto de los bienes de extranjeros enemigos expulsados. En el contexto de las presentes consideraciones resulta pertinente el conjunto de los párrafos 124 a 129, 133, 135 y 136, 140, 142, 144

a 146, 151 y 152 del laudo. Puesto que esos párrafos no pueden reproducirse íntegramente por su longitud, se resaltarán las principales constataciones y conclusiones de esa Comisión sobre este punto. Sostiene la Comisión de Reclamaciones que

[e]l moderno *jus in bello* contiene importantes protecciones de los bienes de los extranjeros, comenzando con las normas fundamentales de discriminación y proporcionalidad en las operaciones de combate, que protegen las vidas y los bienes¹¹⁶¹.

542. Las dos partes concuerdan en sus argumentaciones en que «las normas del derecho internacional consuetudinario limitan el derecho del Estado a confiscar bienes extranjeros en tiempo de paz» y «convienen en que seguían siendo de aplicación las normas vigentes en tiempo de paz que prohíben la expropiación»¹¹⁶². Conviene señalar, sin embargo, que los hechos de que se trata se habían producido en su mayor parte en el transcurso de un conflicto armado internacional, por lo que debían ser examinados a la luz del *jus in bello*, cuestión que excede el ámbito del presente estudio, puesto que en muchas cuestiones el tiempo de paz y el tiempo de guerra se rigen por regímenes jurídicos diferentes.

Por ejemplo, con arreglo al *jus in bello*, la destrucción deliberada de bienes de extranjeros en operaciones de combate puede ser perfectamente legal, mientras que una conducta análoga en tiempo de paz generaría responsabilidad del Estado¹¹⁶³.

No obstante, algunos aspectos de la sentencia son esclarecedores incluso a efectos del examen de las normas aplicables a la protección de los bienes de los extranjeros expulsados en tiempo de paz.

543. En el caso en cuestión,

Eritrea no alegó que Etiopía hubiese congelado o expropiado directamente los bienes de los expulsados. En cambio, alegó que Etiopía diseñó y puso en práctica un conjunto de medidas discriminatorias interconectadas para transferir los bienes de los eritreos expulsados a manos etíopes. Entre dichas medidas figuraban las siguientes:

- Impedir que los expulsados tomaran medidas eficaces para preservar sus bienes;
- Forzar la venta de bienes inmuebles;
- Subastar los bienes de los expulsados para pagar tasas e impuestos vencidos;
- Subastar los bienes hipotecados de los expulsados para cobrar los saldos pendientes de los préstamos.

Eritrea afirma que el efecto acumulativo de esas medidas fue dejar a la riqueza privada de los eritreos librada a un saqueo legalizado por parte de los etíopes¹¹⁶⁴.

544. En lo que respecta a la preservación de los bienes por procuración, la Comisión de Reclamaciones, aun reconociendo «las enormes tensiones y dificultades a que se vieron sometidas las personas que fueron objeto de expulsión» y que «seguramente hubo pérdidas de bienes relacionadas con el imperfecto otorgamiento o la mala administración de poderes», señala que

¹¹⁵⁷ Argentina, Ley de 2004, art. 68.

¹¹⁵⁸ Nigeria, Ley de 1963, art. 47.

¹¹⁵⁹ Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 17.

¹¹⁶⁰ CPA, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo arbitral parcial, Reclamaciones de civiles 15, 16, 23 y 27 a 32, 17 de diciembre de 2004.

¹¹⁶¹ *Ibíd.*, párr. 126.

¹¹⁶² *Ibíd.*, párr. 124.

¹¹⁶³ *Ibíd.*

¹¹⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 129.

en esas circunstancias de tiempo de guerra, en las cuales está acreditado que Etiopía hizo esfuerzos por crear procedimientos especiales para facilitar el otorgamiento de poderes por parte de los detenidos, las deficiencias del sistema de poderes por sí solas no dan lugar a responsabilidad¹¹⁶⁵.

545. Respecto de la venta forzosa de bienes inmuebles, la Comisión de Reclamaciones afirma lo siguiente:

La prohibición de que los extranjeros sean propietarios de bienes inmuebles no está vedada por el derecho internacional general; numerosos países tienen leyes que la establecen. La Comisión acepta que las personas con doble nacionalidad que fueron privadas de su nacionalidad etíope y expulsadas con arreglo al proceso de examen establecido por Etiopía por razones de seguridad pudieron ser correctamente consideradas como eritreas a los efectos de la aplicación de esa legislación. Además, Etiopía no es internacionalmente responsable por las pérdidas resultantes de que los precios de venta estuviesen deprimidos a causa de las circunstancias económicas generales relacionadas con la guerra u otros factores análogos.

No obstante, la Comisión tiene serias reservas en relación con la manera en que se puso en práctica la prohibición de que los extranjeros fueran propietarios de bienes. De la prueba surge que el Gobierno de Etiopía abrevió el plazo para la venta forzosa de los bienes de los deportados a un solo mes, en lugar de los seis meses aplicables en el caso de los demás extranjeros. Ese plazo no era suficiente para permitir una venta ordenada y beneficiosa, en particular para los bienes valiosos o de carácter inusual. Si bien exigir que los nacionales eritreos se desprendiesen de la propiedad de bienes inmuebles no era algo contrario al derecho internacional, Etiopía actuó de forma arbitraria y discriminatoria, y en violación del derecho internacional al limitar drásticamente el plazo de que se disponía para la venta¹¹⁶⁶.

546. Si en lo referente al «impuesto de ubicación» la Comisión de Reclamaciones concluyó que ese gravamen, del 100%, no era un impuesto aplicado con carácter general, sino que sólo se aplicaba a determinadas ventas forzosas de bienes de expulsados y que «esa medida tributaria discriminatoria y confiscatoria era contraria al derecho internacional»¹¹⁶⁷, determinó asimismo que «del expediente no surge que las medidas encaminadas a cobrar los préstamos vencidos fueran en sí mismas contrarias al derecho internacional»¹¹⁶⁸. En cambio, en lo referente a la imposición por Etiopía a los expulsados de la obligación de satisfacer sus deudas tributarias, esa Comisión considera que el derecho internacional no lo prohíbe, pero «exige que esa obligación les sea impuesta en forma razonable y respetando determinados principios», lo que en su opinión no había ocurrido. En el caso en cuestión, puesto que las cantidades reclamadas no eran sino estimaciones, los expulsados no tenían ningún medio real de verificarlas o impugnarlas. Además, el plazo entre la notificación de la deuda tributaria y la expulsión era muy corto, y nada garantizaba que los expulsados o sus agentes recibieran a tiempo la notificación. Además,

cuando la recibían, podían verse en la imposibilidad de liquidar sus impuestos como consecuencia de la confiscación de sus activos bancarios y de todas las demás dificultades económicas que padecían. Considerado en su conjunto, ese procedimiento de recaudación fiscal era poco riguroso y arbitrario y no respetaba las normas mínimas de trato justo y razonable exigibles a la luz de las circunstancias¹¹⁶⁹.

547. Tras examinar la incidencia global del conjunto de las medidas aplicadas por Etiopía, la Comisión de Reclamaciones concluyó que

los beligerantes tienen la obligación de velar, en la medida de lo posible, por que los bienes de las personas protegidas y de otros enemigos no sean objeto de pillaje ni de desperdicio. Si es necesario congelar o aplicar alguna otra medida a los bienes privados de los extranjeros enemigos, esas disposiciones deben ser adoptadas por el Estado, y en condiciones que garanticen que los bienes en cuestión queden protegidos y después de la guerra puedan restituirse sus propietarios o ser objeto de un acuerdo¹¹⁷⁰.

548. Lo que es válido en tiempo de guerra lo es también, y quizás todavía en mayor medida, en tiempo de paz. Nada justificaría, en efecto, que en tiempo de paz los bienes de las personas expulsadas quedaran abandonados al pillaje y al abandono, o no pudieran ser restituidos a sus propietarios cuando éstos lo solicitaran. Por consiguiente, cabe considerar como válida tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz la obligación que incumbe a este respecto al Estado que lleva a cabo la expulsión.

549. El laudo de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea por las siguientes violaciones del derecho internacional derivadas de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde:

11. Haber limitado a un mes el plazo disponible para la venta forzosa de bienes inmuebles de eritreos expulsados;

12. Haber recaudado de modo discriminatorio un «impuesto de ubicación» del 100% sobre el producto de algunas ventas forzosas de bienes inmuebles de eritreos expulsados;

13. Haber aplicado un sistema de cobro de impuestos a los eritreos expulsados que no se ajustaba a los estándares mínimos exigibles de trato justo y razonable; y

14. Haber creado y facilitado una red acumulativa de medidas económicas, algunas de las cuales eran lícitas y otras no, que colectivamente tuvieron como resultado la pérdida de la totalidad o la mayoría de los bienes de eritreos expulsados situados en Etiopía, con violación del deber de Etiopía de asegurar la protección de los bienes de los extranjeros¹¹⁷¹.

550. En el laudo parcial relativo a las reclamaciones civiles de Etiopía, la responsabilidad se invierte, pues corresponde esta vez a Eritrea. La Comisión de Reclamaciones afirma lo siguiente:

De la prueba surge que a los etíopes expulsados directamente de los campamentos de detención, cárceles y prisiones de Eritrea después de mayo de 2000 no se les dio oportunidad alguna de reunir los objetos de uso personal que pudieran llevar consigo ni de tomar otras medidas para arreglar sus negocios antes de ser expulsados. Consiguientemente, Eritrea es responsable por esas pérdidas económicas (sufridas por los etíopes directamente expulsados de los campamentos de detención, cárceles y prisiones) resultantes de que no contaron con la oportunidad de cuidar de sus bienes ni arreglar sus negocios antes de ser expulsados.

Sin embargo, a la Comisión le impresionaron las pruebas acumulativas de la indigencia de los etíopes que llegaban de Eritrea, ya sea que hubiesen sido expulsados directamente de los lugares de detención después de mayo de 2000 o no. Si bien ello puede explicarse parcialmente por los empleos de remuneración comparativamente baja que ocupaban muchos de ellos en la comunidad etíope original, la Comisión comprueba que también reflejaba los frecuentes casos en que las autoridades de Eritrea privaban ilícitamente de sus bienes a los etíopes que salían. El expediente contiene numerosos relatos de desalojos forzosos de hogares que posteriormente eran clausurados o saqueados, cuentas bancarias bloqueadas, cierres forzosos de empresas seguidos de confiscación, y lisa y llana incautación de bienes muebles por parte de la

¹¹⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 133.

¹¹⁶⁶ *Ibíd.*, párrs. 135 y 136.

¹¹⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 140.

¹¹⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 142.

¹¹⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 144.

¹¹⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 151.

¹¹⁷¹ *Ibíd.*, secc. E de la parte dispositiva del laudo.

policía. La Comisión determina que es responsable por las pérdidas económicas sufridas por los etíopes salientes como consecuencia de la ilícita incautación de sus bienes por las autoridades de Eritrea y de la ilícita injerencia de éstas en sus esfuerzos por asegurar sus bienes o disponer de ellos¹¹⁷².

551. En el laudo, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Eritrea era responsable por las siguientes violaciones del derecho internacional derivadas de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde:

Haber permitido la incautación de los bienes pertenecientes a etíopes que salían de lugares distintos de los campamentos de detención, prisiones y cárceles, y haber obstaculizado por otros medios los esfuerzos de dichos etíopes por asegurar sus bienes o disponer de ellos¹¹⁷³.

552. No cabe duda de que la obligación del Estado que expulsa de proteger los bienes del extranjero expulsado y de garantizarle el acceso a esos bienes está bien establecida en el derecho internacional: la contemplan varios tratados internacionales, la confirma la jurisprudencia internacional, la sostiene unánimemente la doctrina y la incorporan diversas legislaciones nacionales. Cabe, pues, proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo G1. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

1. Se prohíbe la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

2. El Estado que expulsa protegerá los bienes del extranjero objeto de expulsión, le permitirá [en la medida de lo posible] disponer libremente de ellos, incluso desde el exterior, y los restituirá a solicitud del interesado o de sus herederos o derechohabientes.

B. Derecho a regresar en caso de expulsión ilegal

553. En principio, todo extranjero ilegalmente expulsado de un Estado puede solicitar el regreso a ese Estado. En particular, en caso de anulación de la decisión de expulsión, el expulsado debe poder solicitar el ejercicio de ese derecho de regresar al Estado que expulsa, sin que se pueda invocar en su contra la decisión de expulsión. En el caso concreto de los trabajadores migratorios y sus familiares, el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone que

[c]uando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.

554. En el ámbito regional, el derecho a regresar en caso de expulsión ilegal ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero. Esa Comisión resolvió:

¹¹⁷² *Ibid.*, Reclamaciones de civiles 5, párrs. 133 y 135 (en referencia a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención IV de La Haya), y su Reglamento anexo). Véase también ILM, vol. 44 (2005), pág. 630.

¹¹⁷³ *Ibid.*, párr. 12, secc. D de la parte dispositiva del laudo.

recomendar al Gobierno de Guatemala: a) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseara; b) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y c) que informe a la Comisión, dentro de un plazo de 60 días, sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones¹¹⁷⁴.

555. Algunas legislaciones nacionales contienen disposiciones similares. El Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y el derecho de asilo de Francia dispone en su artículo L.524-4 que

[s]alvo en caso de amenaza para el orden público, debidamente fundamentada, los extranjeros que residan fuera de Francia y que hayan obtenido la revocación de la medida de expulsión de la que eran objeto podrán acceder a un visado para volver a entrar en Francia si a la fecha de la medida pertenecen, con las reservas previstas en esos artículos, a alguna de las categorías mencionadas en los párrafos 1 a 4 del artículo L.521-3 y están comprendidos en el ámbito de aplicación de los párrafos 4 ó 6 del artículo L.313-11 o en el del libro IV.

Si han sido condenados en Francia por violencia o amenaza de violencia contra un ascendiente, un cónyuge o un hijo, el derecho al visado queda condicionado a la aprobación de los ascendientes, del cónyuge y de los hijos que vivan en Francia.

Las disposiciones del presente artículo sólo son aplicables a los extranjeros que hayan sido objeto de una medida de expulsión antes de la entrada en vigor de la Ley n.º 003-1119 de 26 de noviembre de 2003 relativa al control de la inmigración, la estancia de los extranjeros en Francia y la nacionalidad.

La legislación francesa contempla, pues, el derecho a regresar del extranjero expulsado, pero con algunas restricciones.

556. En su respuesta a la solicitud de información contenida en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones y referente, entre otras cosas, a la cuestión de «si una persona expulsada ilegalmente tiene derecho a regresar al Estado autor de la expulsión»¹¹⁷⁵, Alemania formuló las siguientes precisiones:

Esta situación sólo es posible en el caso de que la decisión de expulsión aún no sea definitiva y absoluta y haya quedado de manifiesto, durante un procedimiento principal realizado en el extranjero, que la expulsión era ilícita.

Una expulsión definitiva y absoluta (es decir, una expulsión contra la cual el extranjero no interpuso recurso de apelación en el plazo establecido) constituye también un motivo de prohibición de entrada o residencia si es lícita; el derecho a regresar sólo existe si los efectos de la expulsión están limitados en el tiempo (lo cual, según la legislación de Alemania, se produce regularmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, párrafo primero, tercera oración, de la Ley de residencia), ese plazo ha vencido y existen fundamentos jurídicos para el reingreso al país (por ejemplo, la emisión de un visado).

Este principio se aplica siempre a menos que la expulsión sea nula y sin valor, por ejemplo, si contiene un error especialmente grave y manifiesto. Si el recurso de apelación se interpone en el plazo fijado y se resuelve a favor del apelante, la expulsión se revoca. Si el apelante tenía un permiso de residencia que quedó anulado a raíz de la expulsión, podrá reclamarlo, lo cual le permitiría volver a entrar en el país¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 30/81, párr. 3, caso 73/78 (Guatemala), 25 de junio de 1981, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.84, documento 9, rev.1, 16 de octubre de 1981.

¹¹⁷⁵ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 29, apdo. c.

¹¹⁷⁶ Documento A/CN.4/628 y Add.1, reproducido en el presente volumen.

557. En el mismo sentido, los Países Bajos señalan que, aunque su legislación nacional no contiene disposiciones concretas al respecto, existe un derecho a regresar en caso de expulsión ilegal de un residente legal¹¹⁷⁷.

558. El derecho a regresar del extranjero ilegalmente expulsado se reconoce asimismo en la práctica de Rumania, como indica la respuesta de ese país al cuestionario de la Comisión:

Si la orden se anula o revoca mediante un procedimiento especial de apelación después de que se haya ejecutado la expulsión, el juez está facultado para decidir sobre el modo de responder a la situación y otorgar la reparación que proceda. En principio, en caso de anulación o revocación de una orden de expulsión, la práctica judicial de Rumania consiste en permitir la entrada del extranjero en el país (la práctica interna pertinente se encuentra en la decisión relativa al caso *Kordoghliazar*)¹¹⁷⁸.

559. La práctica de Malasia parece someter al extranjero expulsado ilegalmente al procedimiento ordinario de admisión previsto en la legislación. En efecto, en su respuesta al cuestionario de la Comisión, Malasia indica que cualquier persona respecto de la cual se haya aprobado una orden de expulsión podrá, con arreglo a la ley y mientras se encuentre todavía en territorio de Malasia, impugnarla ante el Tribunal Superior, en un plazo de 14 días a partir de la fecha en que se le haya notificado esa decisión, invocando su condición de ciudadano o de persona exenta:

Sin embargo, cuando una persona es desterrada y abandona Malasia no goza del derecho a regresar al país aunque logre la anulación de la orden de expulsión en el plazo de 14 días desde la notificación. La razón para ello es que pasa a aplicarse el artículo 6 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley n.º 155). En otras palabras, sólo se le permitirá entrar en Malasia si posee una autorización o permiso de entrada válido¹¹⁷⁹.

560. Sería contrario a la lógica misma del derecho de expulsión admitir que un extranjero expulsado por hechos erróneos o por un motivo inexacto, según constatación de los tribunales competentes del Estado autor de la expulsión o de una jurisdicción internacional, no tiene derecho a regresar al territorio de ese Estado sobre la base de una resolución judicial que anule la decisión impugnada. Con ello se privaría de todo efecto jurídico a esa resolución y se

¹¹⁷⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21)*, párr. 89.

¹¹⁷⁸ Documento A/CN.4/628 y Add.1, reproducido en el presente volumen. Para el caso *Mostafa Kordoghliazar c. Roumanie*, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20 de mayo de 2008, demanda n.º 8776/05.

¹¹⁷⁹ Documento A/CN.4/628 y Add.1, reproducido en el presente volumen.

legitimaría, por ende, el carácter arbitrario de la decisión de expulsión. Se trataría, en consecuencia, de una violación del derecho a la justicia de la persona expulsada. De ahí que, en opinión del Relator Especial, la idea del derecho al regreso contenida en el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y respaldada por las prácticas nacionales de la mayoría de los Estados que respondieron a ese punto del cuestionario de la Comisión, podría formularse en forma de una norma general en materia de expulsión, aunque sólo fuera a título de desarrollo progresivo del derecho internacional sobre ese asunto.

561. Cabe, pues, proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo H1.
Derecho a regresar al Estado que expulsa

Todo extranjero expulsado por un motivo erróneo o en violación de la ley o del derecho internacional tendrá derecho a regresar al Estado que lo haya expulsado sobre la base del acto de anulación de la decisión de expulsión, a menos que su regreso constituya una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

562. Conviene observar, en relación con esa propuesta, que no todos los motivos de anulación de la decisión de expulsión otorgan el derecho a regresar. No genera tal derecho, por ejemplo, la anulación por un mero vicio de procedimiento. Es necesario que la anulación se fundamente en razones de fondo, referentes al motivo mismo de la expulsión, y aun en tal caso se contemplan sólo dos hipótesis. Por una parte, que el motivo sea «erróneo», es decir, inexacto: el extranjero no debe ser castigado por un acto que no haya cometido y que se le impute injustamente. Por la otra, que la expulsión represente una «violación del derecho internacional»: todo el pensamiento jurídico subyacente al presente estudio sobre la expulsión de los extranjeros, que comparten unánimemente los miembros de la Comisión, apunta a que el derecho de expulsión es sin duda un derecho soberano del Estado, pero está limitado por el derecho internacional, en particular por los derechos humanos de la persona expulsada. Denegar el derecho a regresar de esa persona en caso de anulación de la decisión de expulsión por violación del derecho internacional equivaldría a ignorar la otra vertiente del derecho de expulsión y a convertir en absoluto un derecho relativo, lo que entrañaría un riesgo real de arbitrariedad.

CAPÍTULO VIII

Responsabilidad del Estado que expulsa por una expulsión ilegal

563. Un Estado que expulsa a un extranjero en violación de las normas del derecho internacional incurre en responsabilidad. Esa responsabilidad puede determinarse como resultado de un procedimiento judicial incoado, en el marco de la protección diplomática, por el Estado del que la persona expulsada es nacional, o bien de un

procedimiento ante una jurisdicción especializada en la protección de los derechos humanos a la que la persona expulsada tenga acceso directo o indirecto. Se trata de un principio de derecho internacional consuetudinario reiterado sistemáticamente por los órganos judiciales internacionales.

A. Afirmación del principio de la responsabilidad del Estado que expulsa

564. La responsabilidad es la consecuencia directa de una conducta contraria a la norma de derecho. Como señala Anzilotti,

[p]uesto que los Estados tienen la obligación de observar ciertas normas establecidas por el derecho internacional en relación con la condición jurídica de los nacionales de un Estado extranjero que se encuentren en su territorio, la violación de esas normas puede constituir un hecho contrario al derecho internacional y entrañar la responsabilidad del Estado¹¹⁸⁰.

565. La Comisión concluyó en 2001 su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹¹⁸¹, en el que se enuncian las reglas aplicables para determinar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito¹¹⁸², incluida la expulsión ilegal. El presente informe no pretende, pues, retomar el magnífico trabajo realizado por el Relator Especial James Crawford y volver a examinar el régimen jurídico de la responsabilidad aplicado a la expulsión ilegal. Las siguientes observaciones se proponen, más modestamente, demostrar que la cuestión de la expulsión de extranjeros ha generado una abundante jurisprudencia internacional para el estudio de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y que, desde el punto de vista jurídico, está justificada la remisión al régimen general de la responsabilidad del Estado establecido por los artículos de la Comisión sobre la cuestión.

566. La ilegalidad de la expulsión puede dimanar de la violación de una disposición de un tratado internacional en el que sea parte el Estado que expulsa, de una norma de derecho internacional consuetudinario o de un principio general de derecho¹¹⁸³. Surge responsabilidad internacional del Estado si: a) la expulsión es ilegal en sí misma; b) no se cumplen los requisitos de prueba aplicables, o c) la expulsión se ejecuta en forma ilegal. Cabe recordar al respecto un proyecto de artículo que trata expresamente de la responsabilidad internacional del Estado por la expulsión ilegal de un extranjero en virtud de la legislación interna, propuesto a la Comisión por el Relator Especial Sr. García Amador. Ese proyecto de artículo decía lo siguiente:

El Estado es responsable de los daños causados al extranjero que ha sido expulsado del país cuando la orden de expulsión no se fundó en causas previstas en el derecho interno, o si al ejecutarla se cometieron irregularidades graves en el procedimiento que él establece al efecto¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁰ Anzilotti, «La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», pág. 6.

¹¹⁸¹ El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y de los comentarios correspondientes fue aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001, y presentado a la Asamblea General en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 77).

¹¹⁸² Arts. 28 a 54.

¹¹⁸³ Véase el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos («Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos»), que estipula lo siguiente: «Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional» (ibíd., pág. 26) y el Artículo 38, párr. 1, apdos a a c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹¹⁸⁴ Véase *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 52, art. 5, párr. 1.

567. El hecho internacionalmente ilícito del Estado que expulsa puede consistir asimismo en la expulsión del extranjero a un Estado donde pueda ser objeto de tortura. Como analiza un autor:

Según las circunstancias concretas, la infracción de la norma entrañará, pues, responsabilidad internacional frente a otras partes contratantes, la comunidad internacional en su conjunto, o instituciones regionales¹¹⁸⁵.

568. El principio de que el Estado que expulsa a un extranjero en violación de las normas de derecho internacional incurre en responsabilidad internacional está bien asentado desde hace largo tiempo. En el caso *Boffolo*, el árbitro, tras subrayar que «la Comisión [Ítalo-venezolana] puede indagar en las razones y las circunstancias de la expulsión»¹¹⁸⁶, observó que si el Estado no alega ninguna razón o alega una razón insuficiente para justificar una expulsión cuando se lo pide un tribunal internacional, debe atenerse a las consecuencias:

El país que ejerce la facultad de expulsar debe, si se le solicita, justificar la expulsión ante un tribunal internacional, y, si no alega ninguna razón, o alega una razón insuficiente, debe atenerse a las consecuencias¹¹⁸⁷.

569. Como ya se ha visto (párr. 102 *supra*), la misma solución se adoptó en el caso *Zerman v. Mexico*, pues la comisión arbitral concluyó que si el Estado tenía motivos para expulsar al reclamante, debía exponerlos ante esa comisión.

570. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía afirmó lo siguiente respecto de la obligación del Estado que expulsa de proteger los bienes de las personas expulsadas:

Del expediente surge que Etiopía no cumplió con esos deberes. Como resultado del efecto acumulativo de las medidas examinadas *supra*, numerosos expulsados, algunos de los cuales tenían activos sustanciales, perdieron virtualmente todo lo que tenían en Etiopía. Algunas de las medidas adoptadas por Etiopía eran lícitas y otras no. Sin embargo, su efecto acumulativo fue asegurar que pocos expulsados conservaran alguna parte de sus bienes. Los expulsados debían actuar mediante representantes (si podían encontrar un representante confiable y darle instrucciones), se enfrentaban a rápidas ventas forzosas de bienes inmuebles, a impuestos confiscatorios sobre el producido de la venta, a enérgicos procedimientos de cobro de préstamos, al cobro acelerado y arbitrario de otros tributos, y a otras tribulaciones económicas resultantes de medidas en las que el Gobierno de Etiopía desempeñaba un papel significativo. Al crear o facilitar esta red de medidas, Etiopía no cumplió su deber de asegurar la protección de los bienes de los extranjeros¹¹⁸⁸.

Como se ha visto, en su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión de Reclamaciones constató asimismo la responsabilidad de Eritrea por hechos similares (véanse los párrafos 550 y 551 *supra*).

¹¹⁸⁵ Goodwin-Gill, «The limits of the power of expulsion in public international law», pág. 88.

¹¹⁸⁶ Caso *Boffolo* (nota 74 *supra*), pág. 534 (árbitro Ralston).

¹¹⁸⁷ Ibíd., pág. 537, párr. 3 (árbitro Ralston). El comisionado venezolano en el caso *Oliva* (Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela) expresó una opinión diferente: «El Gobierno de Venezuela consideraba al extranjero, Oliva, como indeseable, e hizo uso del derecho de expulsión, reconocido y establecido por el conjunto de las naciones, en la forma prescrita por la legislación venezolana. Italia ejerce a menudo ese derecho. El que suscribe no cree que Venezuela esté obligada a explicar los motivos de la expulsión» (Naciones Unidas, RSA, vol. X, págs. 604 y 605).

¹¹⁸⁸ CPA, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo arbitral parcial, Reclamaciones de civiles 15, 16, 23 y 27 a 32, párr. 152.

571. La Comisión de Reclamaciones determinó asimismo que Etiopía era responsable frente a Eritrea, entre otras cosas, por la siguiente violación del derecho internacional derivada de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde:

Haber permitido que las autoridades locales expulsaran por la fuerza hacia Eritrea a un número desconocido, pero considerable, de personas con doble nacionalidad, por razones que no pueden establecerse¹¹⁸⁹.

B. Derecho a la protección diplomática de la persona expulsada

572. No se trata aquí de volver a examinar el derecho de la protección diplomática, tema estudiado de manera competente por el Relator Especial en la materia, Sr. Dugard, y sobre el cual la Comisión aprobó en segunda lectura en 2006, el proyecto de artículos correspondiente¹¹⁹⁰. Se trata simplemente de analizar en qué medida ese mecanismo puede ponerse al servicio de la protección de la persona expulsada, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia internacional en su estado actual proporciona al respecto un ejemplo interesante en el caso *Diallo*¹¹⁹¹, que examina la CIJ.

573. De lo actuado hasta el momento en esa causa se desprende que para exigir la responsabilidad del Estado expulsor por vía judicial en relación con un procedimiento de protección diplomática, en especial ante la CIJ, deben cumplirse previamente ciertas condiciones. En esa causa, Guinea pretendía principalmente

ejercer su protección diplomática en favor del Sr. Diallo en razón de que la República Democrática del Congo habría violado sus derechos al proceder a su arresto, detención y expulsión, lo que habría constituido un acto internacionalmente ilícito de ese Estado que da lugar a su responsabilidad¹¹⁹².

A dicha pretensión, la Corte respondió que debía verificar si el demandante cumplía las condiciones necesarias para el ejercicio de la protección diplomática, es decir, si el Sr. Diallo tenía nacionalidad guineana y si había agotado los recursos disponibles en el derecho interno de la República Democrática del Congo¹¹⁹³. A ese respecto, la Corte no tuvo dificultad en constatar la nacionalidad guineana del Sr. Diallo, que había poseído en forma ininterrumpida desde la fecha en que se alegaba que se había producido el daño hasta el momento en que se iniciaron los procedimientos¹¹⁹⁴.

574. En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos internos, ha dado lugar, en general, a una agria controversia tanto en la doctrina como en las instancias de solución de litigios internacionales. Puede recordarse simplemente que, como señaló la CIJ en el caso *Interhandel*:

La norma según la cual deben agotarse los recursos internos antes de entablar una acción internacional está bien establecida en el derecho internacional consuetudinario, y ha sido observada generalmente en los casos en que un Estado asume la defensa de un nacional cuyos derechos habrían sido lesionados en otro Estado en violación del derecho internacional. En tal caso se ha considerado necesario que, antes de recurrir a una instancia internacional, el Estado en que se ha cometido el daño tenga la oportunidad de repararlo por sus propios medios, en el marco de su ordenamiento jurídico interno¹¹⁹⁵.

No obstante, aunque los Estados no cuestionan el requisito de que deban agotarse los recursos internos, sí surgen habitualmente intensos y acalorados debates en torno a si, en efecto, existen recursos internos en el sistema jurídico de un Estado que el extranjero habría debido agotar antes de que el Estado de su nacionalidad asumiera la defensa de su causa. Sin embargo, en lo que respecta a la protección diplomática, como ha sostenido la Corte, «es al demandante a quien corresponde demostrar que se han agotado los recursos internos disponibles o que circunstancias excepcionales eximían de interponerlos a la persona que supuestamente ha sufrido un daño y a quien el Estado se propone proteger»¹¹⁹⁶. La Corte se remite aquí a su fallo dictado en el caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*¹¹⁹⁷. En cuanto al demandado, es él quien debe vencer a la Corte de que existían en su ordenamiento jurídico interno recursos eficaces que no fueron agotados¹¹⁹⁸.

575. En el caso que nos ocupa, la CIJ entendió que sólo era necesario abordar la cuestión de los recursos internos en lo relativo a la expulsión del Sr. Diallo. La Corte recordó que

como ha sido reconocido por ambas partes y se desprende del acta levantada el 31 de enero de 1996 por el Servicio Nacional de Inmigración del Zaire, esa expulsión, en el momento de llevarse a cabo, fue calificada de medida de «devolución». Sin embargo, resulta que las medidas de devolución no pueden ser recurridas en el derecho congoleño. En efecto, el artículo 13 del Decreto Ley n.º 83-033, de 12 de septiembre de 1983, sobre la policía de extranjeros, establece expresamente que «las órdenes [de devolución] no son recurribles». La Corte entiende que la República Democrática del Congo no puede ampararse hoy en que sus servicios administrativos cometieron un error al ordenar la «devolución» del Sr. Diallo para sostener que éste debería haber tratado esa medida como una expulsión. El Sr. Diallo, en cuanto destinatario de la medida de devolución, tenía derecho a atenerse a las consecuencias de la calificación jurídica dada por las autoridades del Zaire, incluido en lo que respecta a la norma que exige el agotamiento de los recursos internos¹¹⁹⁹.

A pesar de ello, la Corte estableció que:

incluso teniendo en cuenta que se habría tratado en ese caso de una expulsión y no de una devolución como pretende la República Democrática del Congo, esta última no ha demostrado tampoco que en su derecho interno existan recursos disponibles contra las medidas de expulsión. Es cierto que la República Democrática del Congo ha señalado que es posible interponer un recurso ante la autoridad administrativa competente para que reconsidere la medida [...]. No obstante, la Corte recuerda que si bien los recursos internos que deben agotarse son todos los recursos de naturaleza jurídica, tanto los recursos judiciales como los interpuestos ante instancias administrativas, estos últimos

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 7 de la parte dispositiva del laudo.

¹¹⁹⁰ El texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática con sus comentarios figura en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 50.

¹¹⁹¹ Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 582.

¹¹⁹² *Ibid.*, pág. 599, párr. 40.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, párr. 41.

¹¹⁹⁵ Caso *Interhandel* (Suiza c. Estados Unidos), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil, 1959*, pág. 27; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 64.

¹¹⁹⁶ Caso *Ahmadou Sadio Diallo* *C.I.J. Recueil 2007* (nota 1191 *supra*), párr. 44.

¹¹⁹⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, págs. 43 y 44, párr. 53, y párr. 46, párr. 99.

¹¹⁹⁸ Caso *Ahmadou Sadio Diallo* *C.I.J. Recueil 2007* (nota 1190 *supra*), pág. 582.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, págs. 600 y 601, párr. 46.

no pueden tenerse en cuenta a efectos de la norma que exige agotar los recursos internos, salvo en la medida en que estén orientados a invocar un derecho y no a obtener un favor, a menos que constituyan un requisito esencial para la admisibilidad de un posterior procedimiento contencioso. Por consiguiente, el hecho de que el Sr. Diallo pudiera solicitar en este caso la reconsideración de la medida de expulsión ante la autoridad administrativa que la había adoptado —es decir el Primer Ministro— con la esperanza de que «éste reconsiderara, a título de gracia, su decisión», no puede considerarse un recurso interno que sea necesario agotar¹²⁰⁰.

576. Así pues, si un Estado no puede demostrar que en su ordenamiento jurídico existen recursos disponibles y eficaces a disposición de un extranjero víctima de una expulsión arbitraria que le permitan cuestionar dicha expulsión, ese Estado no estará facultado para invocar tal requisito como causa de inadmisibilidad de un recurso contencioso ante la CIJ. Esta es, por lo demás, la conclusión a la que llega la Corte después de analizar los distintos argumentos esgrimidos por las partes en relación con ese requisito¹²⁰¹.

577. Por otra parte, el extranjero víctima de una expulsión ilegal puede interponer un recurso ante los tribunales especializados en derechos humanos para invocar la responsabilidad del Estado expulsor. Aunque la CIJ todavía no se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de un Estado por la expulsión ilícita de un extranjero (quizás lo haga en el caso *Diallo*, que examina actualmente), es frecuente que las instancias arbitrales y los tribunales encargados de garantizar el cumplimiento de los convenios de derechos humanos constaten esa responsabilidad y obliguen al Estado responsable a reparar el daño.

C. Prueba de la expulsión ilegal

578. No es fácil demostrar que una expulsión es ilegal. La cuestión de la carga de la prueba de una expulsión presuntamente ilegal no parece haberse zanjado en derecho internacional y se ha examinado en numerosos laudos arbitrales, aunque no de modo uniforme. Según se ha visto en este informe, para ajustarse a derecho, la expulsión debe basarse ante todo en un motivo fundado desde el punto de vista del derecho internacional y el Estado que la realiza ha de motivar su decisión de expulsar.

579. En el caso *Oliva*, el comisionado italiano consideró que incumbía al Estado expulsor la prueba de los hechos que justificaban la expulsión:

El comisionado venezolano considera que el Sr. Oliva no ha demostrado su inocencia, aunque no es a él a quien corresponde hacerlo, dado que se presume que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Corresponía por lo tanto al Gobierno venezolano establecer la culpabilidad del demandante y no lo ha hecho.

Si bien Francia o Italia recurren a la expulsión, lo hacen fundándose en pruebas. Una simple sospecha puede justificar la adopción de medidas de vigilancia pero en ningún caso una medida tan grave como prohibir a un hombre con intereses importantes en el país residir en él¹²⁰².

580. En cambio, en opinión del comisionado venezolano bastaba con que el Estado expulsor tuviera buenas razones para creer que el interesado era un revolucionario:

«Es irrelevante hasta qué punto quedó demostrado que Oliva era un revolucionario. Basta con que el Gobierno venezolano tuviera buenas razones para creerlo, y eso parece haber sido demostrado»¹²⁰³.

581. Como se ha señalado (párr. 102 *supra*), en el caso *Zerman*, el árbitro consideró que al no haber una situación de guerra ni de alteración del orden, el Estado expulsor estaba obligado a probar sus acusaciones ante la Comisión, y que no bastaban simples afirmaciones.

582. En cambio, en el caso *Rankin*, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán impuso al demandante la carga de probar que había sido expulsado ilegalmente. El Tribunal rechazó su pretensión, dado que estimó que el demandante no había podido probar ese hecho:

Quien alega haber sido expulsado tiene la carga de probar la ilegalidad de la medida de expulsión tomada por el Estado, en otras palabras, ha de demostrar que esa expulsión es arbitraria, discriminatoria o contraria a las obligaciones convencionales que incumben al Estado en esa esfera¹²⁰⁴.

El Tribunal señala que corresponde al demandante demostrar que ha sido expulsado ilegalmente [de la República Islámica] del Irán y que ese hecho es imputable al Gobierno. A falta de pruebas que acrediten esa afirmación, el Tribunal concluye que los hechos no han sido probados por el demandante¹²⁰⁵.

Por lo tanto, el Tribunal estima que el demandante no ha demostrado que esta nueva política instaurada por el demandado [...] constituyera un elemento determinante en su decisión de partir¹²⁰⁶.

583. Sin embargo, con respecto al caso *Rankin*, cabe aclarar que la cuestión principal no era determinar si la expulsión del Sr. Rankin estaba bien fundada. Se trataba más bien de saber si había sido obligado a abandonar el territorio iraní por actos atribuibles a las autoridades o si, por el contrario, había abandonado ese territorio voluntariamente.

D. Reparación del daño sufrido como consecuencia de la expulsión ilegal

584. La violación por el Estado expulsor de una obligación jurídica en materia de expulsión da lugar a la obligación de reparar. El extranjero que es víctima de una expulsión ilegal puede accionar, especialmente ante los tribunales internos o internacionales encargados de garantizar el cumplimiento de los convenios de derechos humanos, a fin de exigir la reparación del daño sufrido. Es necesario distinguir entre los casos en que el Estado de la nacionalidad de la persona expulsada decide ejercer su derecho a la protección diplomática de su nacional y recurre a una instancia internacional y aquellos en que la víctima de la expulsión ilegal recurre a los tribunales especializados en derechos humanos.

585. Cuando la demanda de reparación del daño sufrido por una expulsión ilegal se da en el marco de un procedimiento de protección diplomática, la reparación se hace al Estado que ejerce la protección respecto de su nacional. En el caso *Ben Tillett*, fue el Gobierno del Reino Unido quien, considerando que Bélgica había excedido

¹²⁰⁰ *Ibid.*, pág. 601, párr. 47.

¹²⁰¹ *Ibid.*, párr. 48.

¹²⁰² Caso *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela (1903), Naciones Unidas, RSA, vol. X, pág. 607 (comisionado Agnoli).

¹²⁰³ *Ibid.*, pág. 605 (comisionado Zuloaga).

¹²⁰⁴ Caso *Rankin* (nota 1154 *supra*), pág. 142, párr. 22.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, pág. 151, párr. 38.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, párr. 39.

sus facultades al expulsar a su nacional, le reclamó una indemnización de 75.000 francos belgas. El árbitro decidió que el Gobierno británico no había fundado correctamente su demanda y la rechazó¹²⁰⁷.

586. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[l]as reparaciones consisten en medidas con las que se procura suprimir, moderar o compensar los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial¹²⁰⁸.

1. FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN

587. El párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares otorga a éstos últimos el derecho a «reclamar indemnización conforme a la ley».

588. El párrafo 1 del artículo 63 de la Convención americana sobre derechos humanos establece:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

589. Son también los tribunales los que determinan cuál es la forma de reparación adecuada del daño causado por una expulsión ilegal. A tenor del artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos:

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

2. FORMA DE REPARACIÓN

590. El principio fundamental de la reparación integral por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito que le es atribuible se aborda en el artículo 31 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Las distintas formas de reparación se enumeran en el artículo 34¹²⁰⁹.

a) Restitución

591. La restitución como forma de reparación está prevista en el artículo 35 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y parece no haber sido otorgada con frecuencia para reparar una expulsión ilegal. Sería conveniente quizás no contemplar esta forma de reparación más que en los casos en que la ilegalidad se refiere a los hechos que motivan la expulsión (motivación) y no a la forma en que la expulsión se hace efectiva (procedimiento). Esta forma de reparación es factible especialmente cuando, como consecuencia de

una expulsión ilegal, el Estado expulsor ha tomado medidas que afectan a los bienes muebles e inmuebles de la persona expulsada. En efecto, si al producirse la expulsión ilegal la persona afectada ha perdido bienes muebles e inmuebles que poseía en el Estado expulsor, existen motivos fundados para reclamar al Estado la restitución de sus bienes. Asimismo, si esos bienes han sufrido daños como consecuencia de la expulsión ilegal, siempre puede exigirse la *restitutio in integrum*. En tal caso, en principio, el Estado responsable de la expulsión ilegal debe restituir los bienes de la persona expulsada en el estado en que se encontraban.

b) Indemnización

592. La indemnización parece ser la forma más común de reparar el daño en materia de expulsión ilegal, dado que el perjuicio sufrido por el extranjero es indemnizable. Habitualmente asume la forma de reparación pecuniaria.

i) Formas de daño indemnizable

a. Daño material

593. La reparación por daño material se produce habitualmente cuando tiene lugar una detención abusiva o excesiva o una expulsión ilegal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el daño material como

la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso¹²¹⁰.

En la causa *Emre* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante consideró

haber sufrido un daño material por no haber podido trabajar a raíz de la decisión de expulsión, por lo que solicita la suma de 153.000 francos suizos (alrededor de 92.986 euros) en concepto de reparación. Mediante carta de 15 de noviembre de 2007, pide además una suma de 700.000 francos suizos (alrededor de 425.426 euros) en concepto de indemnización por su futura incapacidad parcial para trabajar, derivada, en su opinión, de unos problemas de salud que atribuye a la amenaza y ejecución de la expulsión¹²¹¹.

Como el demandante no logró demostrar que había sufrido un lucro cesante por haber sido expulsado, el Tribunal estimó que «la relación entre su expulsión y la futura pérdida de sueldos alegada es puramente especulativa. Por lo tanto, no existe obligación de pagar ninguna suma por ese motivo»¹²¹².

b. Daño moral

594. El daño moral se refiere al sufrimiento y los perjuicios directamente causados a la persona expulsada, los ataques a su dignidad y la alteración de sus condiciones de vida. Con mucha frecuencia, en esos casos es imposible evaluar concretamente la cuantía del daño y asignar una suma equivalente y precisa de dinero a la víctima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló al respecto que

es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a detención arbitraria, desaparición forzada o ejecución extrajudicial,

¹²⁰⁷ Véase la nota 593 *supra*.

¹²⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias *Vargas Areco vs. Paraguay*, serie C n.º 155, 26 de septiembre de 2006, párr. 142; *La Cantuta vs. Perú*, serie C n.º 162, 29 de noviembre de 2006, párr. 202.

¹²⁰⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 28.

¹²¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, serie C, n.º 91, sentencia de 22 de febrero de 2002, párr. 43.

¹²¹¹ *Emre c. Suisse* (nota 1012 *supra*), párr. 95.

¹²¹² *Ibid.*, párr. 99.

experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño [moral] no requiere pruebas¹²¹³.

Por lo tanto, el daño moral consiste en traumas psicológicos vinculados a la privación de la libertad, la ausencia de distracciones, los efectos emocionales causados por la detención, la tristeza, el deterioro de las condiciones de vida, la impotencia generada por la falta de apoyo social e institucional, la humillación y las amenazas sufridas en ocasión de las visitas en detención, el miedo y la inseguridad. La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana insiste en el sufrimiento, la angustia, el sentimiento de inseguridad, de frustración y de impotencia ante el incumplimiento por las autoridades de sus obligaciones¹²¹⁴.

595. En la causa *Emre*, el demandante reclamaba una suma de 20.000 francos suizos (alrededor de 12.155 euros) por daño moral. Estimaba que ello era principalmente «la consecuencia de la profunda angustia en la que quedó sumido como consecuencia de la orden de expulsión y de la separación forzada de sus allegados. Ese sufrimiento moral se concretó especialmente en actos de mutilación infligidos contra sí mismo y tentativas de suicidio»¹²¹⁵. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que

ciertamente el interesado experimentó sentimientos de frustración y angustia —no sólo en ocasión de su primera expulsión, sino también ante la eventualidad de una segunda— que ni la declaración de que se produjo una violación de sus derechos ni la publicación de la presente sentencia bastan para reparar. El Tribunal, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Convenio respecto de la satisfacción equitativa, le otorga por esa razón una suma de 3.000 euros¹²¹⁶.

En el asunto *Ben Salah*¹²¹⁷, el demandante consideró que había sufrido un daño moral por haberse ordenado su expulsión hacia un Estado en que corría peligro de ser sometido a malos tratos. Sin embargo, no ponía un valor económico a su pretensión. Sin hacer observaciones sobre el daño sufrido por el demandante, el Tribunal consideró que «la constatación de que la expulsión, de llevarse a cabo, constituiría una violación del artículo 3 del Convenio representa una satisfacción equitativa suficiente»¹²¹⁸.

c. Daño específico ocasionado por la frustración del proyecto de vida

596. Puede suceder que la expulsión impida la realización del proyecto de vida de la persona expulsada, sobre todo si se ha decidido y llevado a cabo de forma arbitraria cuando el interesado había comenzado a realizar ciertas actividades (estudios, actividades económicas, vida familiar) en el Estado expulsor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una nueva orientación al derecho

¹²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *La Cantuta vs. Perú* (nota 1208 *supra*), párr. 217; «*Masacre de Mapiripán*» vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C n.º 134, párr. 283; «*Niños de la Calle*» (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001, serie C, n.º 77.

¹²¹⁴ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias «*Masacre de Mapiripán*» vs. Colombia (nota precedente); *Masacre de Pueblo Bello* vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C n.º 140.

¹²¹⁵ *Emre c. Suisse* (nota 1012 *supra*), párr. párr. 96.

¹²¹⁶ *Ibid.*, párr. 100.

¹²¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Ben Salah c. Italie*, demanda n.º 38128/06, sentencia de 14 de septiembre de 2009, párr. 57 y ss.

¹²¹⁸ *Ibid.*, párr. 59.

a la reparación al incluir la frustración del «proyecto de vida» en la categoría de daños sufridos por las víctimas de violaciones de derechos humanos. Así, la Corte Interamericana hizo una distinción entre los daños materiales, que pueden cuantificarse según criterios objetivos y económicos, y la frustración del proyecto de vida, y en la sentencia dictada en el caso *Loayza Tamayo*, que sentó jurisprudencia, estimó que:

El «proyecto de vida» se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad¹²¹⁹.

En este caso, la demandante, detenida arbitrariamente y víctima de tratos inhumanos, había sido liberada e intimada a dejar su país para vivir en el extranjero en condiciones económicas difíciles, lo que causó un profundo deterioro de su estado físico y psicológico e impidió «que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse»¹²²⁰. Sin evaluar la reparación que correspondería a la interesada en razón del perjuicio sufrido, la Corte se limitó a asignar a la víctima una reparación simbólica, estimando que el proyecto de vida debía ser «razonable y accesible en el caso concreto», y que el daño que había sufrido era por naturaleza «muy difícilmente reparable»¹²²¹.

597. Sin embargo, en el asunto *Cantoral Benavides*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió mejor la reparación debida por ese tipo de daño, teniendo en cuenta la

grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional¹²²².

Por lo tanto, la Corte ordenó al Estado que le proporcione una beca de estudios a la víctima de modo que pudiera retomar sus estudios (en un centro universitario escogido de común acuerdo con el Gobierno) y, por lo tanto, encauzar su vida¹²²³. En la sentencia recaída en el caso *Gutiérrez Soler*, la misma Corte reconoció que las violaciones de los derechos del interesado le habían impedido la realización de sus expectativas de desarrollo personal y habían causado daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y a instalarse en el extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico, con lo que disminuyó de manera permanente su autoestima y su capacidad de gozar de relaciones afectivas íntimas. Para la Corte, «[l]a naturaleza compleja e íntegra del daño al ‘proyecto de vida’ exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición [...] que van más allá de la esfera económica»¹²²⁴.

¹²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C n.º 42, párr. 148.

¹²²⁰ *Ibid.*, párr. 152.

¹²²¹ *Ibid.*, párr. 150.

¹²²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, serie C n.º 88, párr. 60.

¹²²³ *Ibid.*, párr. 80.

¹²²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005, serie C n.º 132, párr. 89.

ii) *Forma de indemnización*

598. La indemnización es un medio reconocido de reparación del daño que sufre el extranjero expulsado o el Estado de su nacionalidad en razón de una expulsión ilícita. En efecto, se admite que «generalmente una expulsión sin causa o basada en pruebas insuficientes constituye un motivo adecuado para obtener indemnización»¹²²⁵.

599. Varios tribunales arbitrales han fallado que se debe pagar compensación por los daños sufridos por los extranjeros que han sido víctimas de expulsiones ilícitas. En el caso *Paquet* el árbitro sostuvo que, dado el carácter arbitrario de la expulsión aplicada por el Gobierno de Venezuela contra el Sr. Paquet, se le debía indemnización por los daños directos que había sufrido como consecuencia de esa expulsión:

la práctica general de muchos gobiernos consiste en dar explicaciones al gobierno de la persona expulsada si las pide, y cuando se niega a dar explicaciones, como en el caso que nos ocupa, puede considerarse que la expulsión ha sido un acto arbitrario de tal carácter que entraña reparación, agravado en el presente caso por el hecho de que las facultades del poder ejecutivo, según la Constitución de Venezuela, no autorizan la prohibición del ingreso en el territorio nacional, o la expulsión de él, de los extranjeros domiciliados de quienes el Gobierno sospecha que menoscaban el orden público;

[Considerando] que además la suma demandada no parece exagerada;

Decide que la reclamación del Sr. Paquet de 4.500 francos es válida¹²²⁶.

600. El árbitro condenó también al pago de indemnización en el caso *Oliva* para compensar la pérdida derivada del quebrantamiento de una concesión, aunque esos daños se limitaron a los relacionados con los gastos en que había incurrido el extranjero y el tiempo que había tardado en obtener el contrato¹²²⁷. El comisionado Agnoli había considerado que el carácter arbitrario de la expulsión habría justificado en sí mismo una demanda de indemnización y que

se debe otorgar una indemnización no inferior a 40.000 bolívares, independientemente de la suma que se considere que se le debe por las pérdidas derivadas del incumplimiento arbitrario del contrato mencionado, por cuanto no puede caber duda de que, aunque no se hubiera obtenido la concesión mencionada, el solo hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización¹²²⁸.

601. En otros asuntos, la forma ilícita en que se aplicó la expulsión (en particular, la duración y las condiciones de la detención mientras se ejecutaba la deportación) dio lugar a indemnización. En el caso *Maal* el árbitro otorgó indemnización por daños al demandante como consecuencia de los malos tratos que había sufrido. Por cuanto los individuos que aplicaron la orden de deportación no habían sido sancionados, el árbitro consideró que era necesario que la suma otorgada fuera suficiente para que el Estado responsable pudiera «expresar su reconocimiento de la indignidad» al demandante:

¹²²⁵ Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, pág. 278; véanse también las páginas 279 y 280; Borchart, *op. cit.*, pág. 57.

¹²²⁶ Caso *Paquet (expulsión)* (1903), Naciones Unidas, RSA, vol. IX (n.º de venta: No. 1959.V.5), pág. 325 (árbitro Filtz).

¹²²⁷ Caso *Oliva* (nota 1202 *supra*), págs. 608 a 610 (árbitro Ralston), en que figura el cálculo detallado de la indemnización en efectivo.

¹²²⁸ *Ibíd.*, pág. 602..

El árbitro parte de la premisa del valor sagrado del ser humano, cuya integridad no puede vulnerarse lo más mínimo, ni siquiera en un arrebato de ira, sin que medie consentimiento o exista una causa justificada; de lo contrario habrá que entender que se ha producido una agresión que debe dar lugar a una indemnización proporcional al espíritu y el carácter de la infracción y la calidad humana de la víctima [...] y por cuanto no hay prueba ni sugerencia de que los encargados de esa importante obligación del Gobierno de Venezuela hayan sido objeto de reprimenda, castigo o cesación de funciones, la única forma en que pueda haber una expresión de lamentación de parte del Gobierno y el cumplimiento de su obligación respecto del súbdito de un Estado soberano y amigo consiste en pagar una indemnización por ese hecho en forma pecuniaria. Se debe tratar de una suma suficiente para expresar su reconocimiento de la indignidad impuesta a ese súbdito y su elevado deseo de cumplir plenamente esa obligación.

En opinión del árbitro, el Gobierno demandado debe pagar al Gobierno demandante, en beneficio del demandante y en su representación, exclusivamente por esas indignidades, la suma de 500 dólares en oro de los Estados Unidos de América, o su equivalente en plata al tipo de cambio actual en el momento del pago, y se dicta un fallo en consecuencia¹²²⁹.

602. En el caso *Daniel Dillon* se otorgó indemnización por los daños como consecuencia de los malos tratos infligidos al demandante a resultas de un largo período de detención y de las condiciones en que estuvo detenido. La instancia arbitral que entendió en este caso sostuvo lo siguiente:

Sin embargo, el prolongado período de detención y el hecho de que se le mantuviera incomunicado y no se le facilitara información sobre la finalidad de su detención constituyen, en opinión de la Comisión, un maltrato y un rigor innecesario que no están justificados por el propósito de la detención y son de una entidad tal que hacen a los Estados Unidos Mexicanos responsables conforme al derecho internacional, y se concluye que la suma que se debe pagar por indemnización se puede fijar apropiadamente en 2.500 dólares de los Estados Unidos, sin intereses¹²³⁰.

603. En el caso *Yeager*, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán otorgó al demandante una indemnización en la que se tuvo en cuenta, por una parte, la pérdida de los bienes personales que hubo de dejar atrás porque no se le dio tiempo suficiente para salir del país¹²³¹ y, por otra, el dinero que le confiscaron en el aeropuerto los comités revolucionarios¹²³².

604. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ordena habitualmente el pago de indemnizaciones a las víctimas de una expulsión ilícita. En algunos casos, el Tribunal asignó una suma de dinero como indemnización por daños no pecuniarios derivados de una expulsión ilícita. En el asunto *Moustaquim*, el Tribunal rechazó una demanda de daños basada en la pérdida de lucro derivada de una expulsión que había violado el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos. A ese respecto, el Tribunal observó que no había un vínculo causal entre la violación y la pretendida pérdida de lucro. No obstante, basándose en criterios de equidad, el Tribunal otorgó al demandante la suma de 100.000 francos

¹²²⁹ Caso *Maal* (nota 582 *supra*), págs. 732 y 733 (árbitro Plumley).

¹²³⁰ *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, laudo de 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 369.

¹²³¹ *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, laudo de 2 de noviembre de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, págs. 92 a 113, párrs. 51 a 59. Véase también ILR, vol. 82, pág. 178.

¹²³² *Ibíd.*, pág. 110, párrs. 61 a 63.

belgas como indemnización por los daños no pecuniarios derivados de tener que vivir alejado de su familia y sus amigos en un país en que no tenía vínculo alguno¹²³³. Por otra parte, en el asunto *Čonka*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó la suma de 10.000 euros para indemnizar los daños no pecuniarios derivados de una deportación que había violado los párrafos 1 y 4 del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos (derecho a la libertad y a la seguridad) y el artículo 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio (prohibición de la expulsión colectiva), así como el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) combinado con el artículo 4 del Protocolo n.º 4¹²³⁴.

c) Satisfacción

605. La satisfacción como forma de reparación está prevista en el artículo 37 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹²³⁵. Esta forma de reparación puede aplicarse en el caso de la expulsión ilícita¹²³⁶. En este sentido, Hyde escribe lo siguiente:

Como declaró el Secretario Root en 1907, «el derecho de un gobierno a proteger a sus ciudadanos en países extranjeros contra una expulsión cruel e injustificada puede considerarse un principio definido y fundamental del derecho internacional. No es menos definido y fundamental que un gobierno pueda exigir satisfacción e indemnización por una expulsión en violación de las exigencias del derecho internacional»¹²³⁷.

A este respecto, el Relator Especial, Sr. García Amador, indicó que:

En cuanto a los casos de expulsión arbitraria, las formas de satisfacción empleadas han sido las de que se deje sin efecto la medida y se permita al particular extranjero reintegrarse al país¹²³⁸.

El citado Relator Especial se remitió en este contexto a los casos *Lampton* y *Wiltbank* (dos estadounidenses expulsados de Nicaragua en 1894), y el de cuatro súbditos británicos también expulsados del mismo país¹²³⁹.

606. En particular, se ha aplicado la satisfacción en situaciones en que aún no se había ejecutado la orden de expulsión. En esos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que un fallo en que se determinaba la ilicitud de la orden de expulsión constituía una forma apropiada de satisfacción y, por lo tanto, se ha abstenido de otorgar daños no pecuniarios. Pueden

señalarse a este respecto las causas *Beldjoudi*¹²⁴⁰, *Chahal*¹²⁴¹ y *Ahmed*¹²⁴². Entre las formas de reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se contenta solamente con otorgar indemnizaciones a las víctimas de expulsiones ilegales, y considera que «dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos [y] sancionar a todos los responsables»¹²⁴³.

607. En la causa *Chahal*, el demandante reclamaba una indemnización por el daño moral derivado de la duración de la detención. El Tribunal, al comprobar que el Gobierno del Reino Unido no había violado el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, consideró que la determinación de que la expulsión, de llevarse a cabo, constituiría una violación del artículo 3 del Convenio y de que se habían infringido el párrafo 4 del artículo 5 y el artículo 13 constituía una satisfacción equitativa y suficiente¹²⁴⁴.

608. Como se ha observado anteriormente, las consideraciones precedentes sólo tienen por finalidad recordar, por un lado, que el régimen general de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se aplica a la expulsión ilegal de un extranjero, y, por otro, que el Estado de la nacionalidad dispone al respecto de la facultad que le reconoce el derecho internacional de ejercer su protección diplomática, como confirmó además muy recientemente la CIJ en el caso *Diallo*. Por consiguiente, los proyectos de artículos que figuran a continuación remiten a los regímenes jurídicos de esas dos arraigadas instituciones del derecho internacional que son la responsabilidad del Estado y la protección diplomática.

Proyecto de artículo II.

Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

Las consecuencias jurídicas de una expulsión ilícita [ilegal] se rigen por el régimen general de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Proyecto de artículo JI. Protección diplomática

El Estado de la nacionalidad del extranjero expulsado podrá ejercer su protección diplomática en beneficio de ese extranjero.

¹²⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Beldjoudi c. France*, sentencia de 26 de marzo de 1992, demanda n.º 12083/86, *serie A n.º 234-A*, párr. 86: «Los demandantes deben haber sufrido daños no pecuniarios, pero esta sentencia les otorga compensación suficiente a este respecto».

¹²⁴¹ Causa *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 158: «En vista de su decisión de que no ha habido violación del párrafo 1 del artículo 5 [...], el Tribunal no decide que se paguen daños no pecuniarios respecto del plazo en que el Sr. Chahal estuvo detenido. En cuanto a las demás reclamaciones, el Tribunal considera que la determinación de que su deportación, si se ejecutara, constituiría una violación del artículo 3 y de que ha habido infracciones del párrafo 4 del artículo 5 y del artículo 13 constituye satisfacción equitativa y suficiente».

¹²⁴² *Ahmed c. Autriche* (nota 1014 *supra*). El Tribunal rechazó la solicitud de indemnización de la pérdida de lucro por la falta de relación entre el supuesto daño y la conclusión del Tribunal respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50), y a continuación declaró que «[e]l Tribunal considera que el demandante debe haber sufrido daños no pecuniarios pero que la sentencia le otorga compensación suficiente a ese respecto» (párr. 51).

¹²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (nota 1210 *supra*), párr. 73.

¹²⁴⁴ Causa *Chahal* (nota 602 *supra*), párr. 158.

¹²³³ *Série A n.º 193* (nota 1014 *supra*), párrs. 52 a 55.

¹²³⁴ *Recueil des arrêts et décisions 2002-I*, parte dispositiva de la sentencia.

¹²³⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 29.

¹²³⁶ Hyde, *op. cit.*, pág. 231, nota 5 (donde se cita la comunicación al Ministro en Caracas, 28 de febrero de 1907, *Foreign Relations* 1908, 774, 776, Hackworth, Dig., III, 690).

¹²³⁷ *Ibíd.*

¹²³⁸ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 28, párr. 99.

¹²³⁹ *Ibíd.*, nota 159. En los casos *Lampton* y *Wiltbank*, el Gobierno de Nicaragua expulsó a dos ciudadanos estadounidenses y permitió posteriormente su regreso a solicitud de los Estados Unidos. En el caso de los cuatro súbditos británicos expulsados de Nicaragua, el Reino Unido exigió a Nicaragua «la cancelación incondicional de los decretos de expulsión», a lo que Nicaragua respondió que «no había ocasión para la revocación del decreto de expulsión, por cuanto todas las personas culpables de participar en la rebelión de los misquitos habían sido perdonadas» (Moore, *op. cit.*, pág. 101).

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/628 y Add.1

Información y observaciones recibidas de los gobiernos

[Original: árabe, chino, español, francés, inglés, ruso]
[26 de abril y 31 de agosto de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	284
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-6 285
INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES RECIBIDAS DE LOS GOBIERNOS.....	285
A. Información y observaciones sobre las cuestiones específicas mencionadas por la Comisión en su informe de 2007.....	285
1. La práctica de los Estados con respecto a la cuestión de la expulsión de los nacionales. ¿Está permitida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?.....	285
China.....	285
Malasia.....	285
2. La manera como son tratadas, desde el punto de vista del régimen de la expulsión, las personas que poseen dos o más nacionalidades. ¿Pueden esas personas ser consideradas como extranjeros con respecto a la expulsión?.....	285
China.....	285
Malasia.....	286
3. La cuestión de la privación de nacionalidad como eventual condición previa a la expulsión de una persona. ¿Está permitida esa medida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?.....	286
China.....	286
Malasia.....	286
4. La cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros que son nacionales de un Estado que participa en un conflicto armado con el Estado de acogida. En ese contexto, ¿conviene distinguir entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que toman parte en actividades hostiles hacia éste?.....	287
China.....	287
Malasia.....	287
5. La cuestión de la existencia de un derecho de regreso a favor de un extranjero que haya debido abandonar el territorio de un Estado en virtud de una medida de expulsión juzgada después irregular por una autoridad competente.....	287
Malasia.....	287
6. Los criterios que permiten diferenciar la expulsión de un extranjero de la problemática de la no admisión; en particular, la cuestión de saber a partir de cuándo el alejamiento de un inmigrante ilegal está sujeto al procedimiento de expulsión y no al de no admisión.....	288
China.....	288
Malasia.....	288
7. La situación jurídica de los inmigrantes ilegales que se encuentran en el mar territorial o en las aguas interiores, o en la zona fronteriza excepto las zonas portuarias o aeroportuarias. En particular, ¿existe, además de las zonas portuarias o aeroportuarias, una zona internacional dentro de la cual se consideraría que el extranjero no ha penetrado aún en el territorio del Estado? En caso afirmativo, ¿cómo determinar la extensión y la anchura de esa zona?.....	288
China.....	289
Malasia.....	289
8. La práctica de los Estados con respecto a los motivos de expulsión, así como la cuestión de si, y llegado el caso, en qué medida el derecho internacional limita esos motivos.....	289
China.....	289
Malasia.....	289

	<i>Página</i>
B. Observaciones e información sobre las cuestiones específicas mencionadas por la Comisión en su informe de 2009.....	290
1. Motivos de expulsión previstos por la legislación nacional	290
Alemania.....	290
Andorra.....	290
Armenia.....	290
Bahrein.....	290
Belarús.....	291
Bosnia y Herzegovina.....	292
Bulgaria.....	292
China.....	293
Croacia.....	293
Cuba.....	294
El Salvador.....	294
Eslovaquia.....	295
Estados Unidos.....	296
Finlandia.....	297
Italia.....	297
Kuwait.....	298
Lituania.....	298
Malasia.....	300
Malta.....	300
México.....	301
Noruega.....	301
Nueva Zelanda.....	302
Perú.....	302
Portugal.....	302
Qatar.....	303
República Checa.....	304
República de Corea.....	305
Rumania.....	306
Serbia.....	307
Singapur.....	307
Sudáfrica.....	307
Suecia.....	307
Suiza.....	308
2. Las condiciones y la duración de la retención/internamiento de las personas en vías de expulsión en las zonas preparadas a estos efectos	309
Alemania.....	309
Andorra.....	309
Armenia.....	309
Belarús.....	309
Bahrein.....	310
Bosnia y Herzegovina.....	311
Bulgaria.....	311
Canadá.....	311
China.....	313
Croacia.....	313
El Salvador.....	313
Eslovaquia.....	314
Estados Unidos.....	314
Finlandia.....	315
Italia.....	315
Kuwait.....	316
Lituania.....	316
Malasia.....	316
Malta.....	316
México.....	316
Noruega.....	317
Nueva Zelanda.....	317
Perú.....	318
Portugal.....	318

	<i>Página</i>
Qatar.....	318
República Checa.....	319
República de Corea.....	319
Rumania.....	319
Serbia.....	320
Singapur.....	320
Sudáfrica.....	321
Suecia.....	321
Suiza.....	324
3. Si una persona expulsada ilegalmente tiene derecho a regresar al Estado autor de la expulsión.....	325
Alemania.....	325
Andorra.....	326
Armenia.....	326
Belarús.....	326
Bosnia y Herzegovina.....	326
China.....	326
Croacia.....	327
El Salvador.....	327
Eslovaquia.....	327
Estados Unidos.....	327
Finlandia.....	328
Italia.....	328
Kuwait.....	328
Lituania.....	329
Malasia.....	329
Malta.....	330
México.....	330
Noruega.....	330
Nueva Zelanda.....	330
Perú.....	330
Portugal.....	330
Qatar.....	330
República Checa.....	330
República de Corea.....	331
Rumania.....	331
Serbia.....	332
Singapur.....	332
Sudáfrica.....	332
Suecia.....	332
Suiza.....	332
4. El tipo de relación establecida entre el Estado autor de la expulsión y el Estado de tránsito en los casos en que el paso de una persona expulsada por un Estado de tránsito es necesario.....	332
Alemania.....	332
Armenia.....	333
Belarús.....	333
Bosnia y Herzegovina.....	333
Bulgaria.....	333
China.....	333
Croacia.....	334
El Salvador.....	334
Eslovaquia.....	334
Estados Unidos.....	334
Finlandia.....	334
Italia.....	335
Kuwait.....	335
Lituania.....	335
Malasia.....	335
Malta.....	335
Noruega.....	335
Nueva Zelanda.....	336

	<i>Página</i>
Perú	336
Portugal.....	336
Qatar.....	337
República Checa	337
República de Corea.....	337
Rumania.....	337
Serbia.....	337
Singapur.....	338
Sudáfrica.....	338
Suecia.....	338
Suiza.....	338
C. Información y observaciones sobre otras cuestiones relacionadas con este tema.....	338
Andorra.....	338
Bahrein.....	338
Bosnia y Herzegovina.....	339
Bulgaria.....	339
Cuba.....	340
Perú	341
República de Corea.....	341
Sudáfrica.....	342

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n.º 102, pág. 295. Para su forma enmendada, véase <i>Convenio sobre Aviación Civil Internacional</i> , 9.ª ed., OACI, 2006, documento 7300/9.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 4 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por el que se reconocen ciertos derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 263.
Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Ibíd., vol. 2061, n.º 2889, pág. 7. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 152, 26 de junio de 1998, y n.º 223, 17 de septiembre de 1998.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 174.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.º 10106, pág. 242.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Schengen, 14 de junio de 1985)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> L 239, 22 de septiembre de 2000, pág. 13.
Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Oporto, 2 de mayo de 1992)	<i>Diario Oficial</i> L 001, de 3 de enero de 1994, pág. 3.

Introducción

1. En su 57.º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión de Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 19, párr. 2, de su Estatuto, decidió pedir a los gobiernos, por conducto del Secretario General, que presentaran cualquier información relativa a la práctica de los Estados en relación con el tema de la «Expulsión de los extranjeros», incluida la legislación nacional¹.

2. En el párrafo 4 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General invitó a los gobiernos a que, según se pedía en el capítulo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 57.º período de sesiones², proporcionaran a la Comisión información, entre otros, sobre el tema de la «Expulsión de los extranjeros».

3. En sus períodos de sesiones 59.º, celebrado en 2007, y 61.º, celebrado en 2009, la Comisión reiteró su solicitud de información sobre el tema de la «Expulsión de los extranjeros» y mencionó además una serie de aspectos concretos en los que la información y las observaciones de los gobiernos serían de especial interés para la Comisión³.

4. En el párrafo 3 de sus resoluciones 62/66, de 6 de diciembre de 2007, y 64/114, de 16 de diciembre de 2009, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus observaciones sobre los diversos aspectos relacionados, entre otros, con el tema de la «Expulsión de los extranjeros», en especial sobre todas las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en sus períodos

de sesiones 59.º y 61.º, respectivamente. Además, en el párrafo 4 de esas resoluciones la Asamblea invitó a los gobiernos a que, en el contexto del párrafo 3, proporcionaran información sobre la práctica relativa a ese tema.

5. A continuación figuran las respuestas escritas recibidas, al 31 de agosto de 2010, de los siguientes Estados: Alemania (20 de enero de 2010); Andorra (4 de mayo de 2010); Armenia (23 de abril de 2010); Bahrein (12 de abril de 2010); Belarús (30 de marzo de 2010); Bosnia y Herzegovina (6 de abril de 2010); Bulgaria (31 de marzo de 2010); Canadá (25 de mayo de 2010); China (26 de abril de 2010); Croacia (4 de mayo de 2010); Cuba (31 de marzo de 2010); El Salvador (22 de febrero de 2010); Eslovaquia (22 de septiembre de 2010); Estados Unidos (26 de marzo de 2010); Finlandia (31 de marzo de 2010); Italia (19 de mayo de 2010); Kuwait (26 de abril de 2010); Lituania (16 de abril de 2010); Malasia (26 de agosto de 2009 y 5 de abril de 2010); Malta (16 de febrero de 2010); México (6 de abril de 2010); Noruega (10 de mayo de 2010); Nueva Zelanda (13 de abril de 2010); Perú (24 de febrero de 2010); Portugal (11 de mayo de 2010); Qatar (25 de mayo de 2010); República Checa (18 de febrero de 2010); República de Corea (22 de abril de 2010); Rumania (20 de enero de 2010); Serbia (29 de marzo de 2010); Singapur (octubre de 2010); Sudáfrica (8 de abril de 2010); Suecia (30 de marzo de 2010) y Suiza (6 de abril de 2010). Las observaciones e información sobre este tema presentadas con anterioridad por los Gobiernos figuran en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604.

6. Este documento comprende tres secciones. Las secciones A y B contienen, respectivamente, la información y observaciones sobre las cuestiones concretas (o aspectos de ellas) mencionadas por la Comisión en sus informes de 2007 y 2009. La sección C contiene la información y observaciones sobre otras cuestiones relacionadas con el tema.

¹ *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 27.

² *Ibid.*

³ *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 27, y *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 29. Las cuestiones sobre las que la Comisión invitó a los gobiernos a presentar información y observaciones figuran en las secciones A y B *infra*.

Información y observaciones recibidas de los gobiernos

A. Información y observaciones sobre las cuestiones específicas mencionadas por la Comisión en su informe de 2007

1. La práctica de los Estados con respecto a la cuestión de la expulsión de los nacionales. ¿Está permitida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?

CHINA

La legislación china no prevé la expulsión de sus nacionales. La expulsión sólo se aplica a los extranjeros que no tienen la nacionalidad china, y no a los nacionales de China.

MALASIA

En el artículo 9 de la Constitución Federal se establece la prohibición de destierro y la libertad de circulación,

en virtud de las cuales ningún ciudadano puede ser desterrado o expulsado de la Federación. La Constitución Federal no prohíbe la expulsión de los no ciudadanos.

2. La manera como son tratadas, desde el punto de vista del régimen de la expulsión, las personas que poseen dos o más nacionalidades. ¿Pueden esas personas ser consideradas como extranjeros con respecto a la expulsión?

CHINA

1. Con arreglo a la Ley de nacionalidad de la República Popular China, China no reconoce la doble nacionalidad a ninguno de sus nacionales.

2. Se puede expulsar a las personas de nacionalidad extranjera conocida. En la mayoría de las circunstancias, la nacionalidad de la persona que tenga dos o más

nacionalidades se determinará sobre la base del pasaporte extranjero utilizado por esa persona para entrar a China.

MALASIA

1. La legislación de Malasia no reconoce la doble ciudadanía. Según el artículo 24, párr. 1, de la Constitución Federal, si el Gobierno federal llega a la conclusión de que un ciudadano ha adquirido la ciudadanía de un país que no pertenece a la Federación mediante inscripción, naturalización u otro acto voluntario y formal, podrá privar a esa persona de su ciudadanía mediante orden.

2. Antes de adoptar una orden de privación de ciudadanía, el Gobierno federal está obligado, de conformidad con el artículo 27, a informar por escrito a la persona interesada del motivo por el que se pretende adoptar la orden y de su derecho a someter su caso a una comisión de investigación.

3. La cuestión de la privación de nacionalidad como eventual condición previa a la expulsión de una persona. ¿Está permitida esa medida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?

CHINA

La legislación china no contiene disposiciones al respecto.

MALASIA

1. En primer lugar, cabe señalar que el artículo 9 de la Constitución Federal prohíbe el destierro de un ciudadano. Además, la Ley relativa al destierro, de 1959 (Ley N.º 79), regula el destierro y la expulsión de Malasia de los no ciudadanos.

2. Según el artículo 5 de la Ley N.º 79, cuando el Ministro llegue a la conclusión, sobre la base de una investigación o de información escrita en tal sentido, de que el destierro de Malasia de un no ciudadano o de una persona exenta sería beneficioso para el país, podrá adoptar una orden de destierro de esas personas, de por vida o por el período que se especifique en la orden. Además, según el artículo 8, en lugar de adoptar una orden de detención o de destierro, el Ministro podrá, si lo considera adecuado, emitir una orden por la que se obligue a toda persona de la que tenga constancia que no es un ciudadano ni una persona exenta a abandonar Malasia en el plazo de 14 días desde la fecha en que se le entregue copia de la orden con arreglo al párrafo 4 del artículo.

3. Dado que la ley prohíbe el destierro o la expulsión de un ciudadano, la privación de nacionalidad es una posible condición previa a la expulsión de una persona. El derecho malasio, en particular los artículos 24 a 26A de la Constitución Federal, permite privar de la nacionalidad en determinadas circunstancias concretas. No obstante, cabe destacar que un ciudadano sólo puede ser privado de su ciudadanía en esas circunstancias específicas.

4. Según el artículo 24, párr. 1, de la Constitución Federal, si el Gobierno federal llega a la conclusión de

que un ciudadano ha adquirido la ciudadanía de un país que no pertenece a la Federación mediante inscripción, naturalización u otro acto voluntario y formal, podrá privar a esa persona de su ciudadanía mediante orden. Además, el artículo 24, párr. 2, establece que, si llega a la conclusión de que un ciudadano ha invocado y ejercido voluntariamente en un país que no pertenece a la Federación derechos que la legislación de ese país reconoce exclusivamente a sus ciudadanos, el Gobierno federal podrá privar a esa persona de su ciudadanía mediante orden. Con arreglo al artículo 24, párr. 4, si el Gobierno federal llega a la conclusión de que una mujer que ha adquirido la ciudadanía mediante inscripción en virtud del artículo 15 («Adquisición de la ciudadanía mediante inscripción (esposas e hijos de ciudadanos)») ha obtenido la ciudadanía de un país que no pertenece a la Federación en razón de su matrimonio con un no ciudadano, el Gobierno federal podrá privarla de su ciudadanía mediante orden.

5. Según el artículo 25, párr. 1, de la Constitución Federal, el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier persona que la haya adquirido mediante inscripción en virtud del artículo 16A («Adquisición de la ciudadanía mediante inscripción (personas que residían en los estados de Sabah y Sarawak el Día de Malasia)») o mediante naturalización, si llega a la conclusión de que:

a) Ha demostrado, mediante hechos o palabras, su deslealtad o desafección hacia la Federación;

b) Ha mantenido tratos o se ha comunicado de manera ilícita con un enemigo en el transcurso de una guerra en que participe o haya participado la Federación, o ha intervenido o colaborado en actividades de las que tenía constancia que se realizaban con la finalidad de prestar asistencia a un enemigo en esa guerra; o

c) Ha sido condenada, en el plazo de cinco años desde la fecha de inscripción o concesión del certificado, a pena de prisión en cualquier país por un período no inferior a 12 meses o al pago de una multa no inferior a 5.000 ringgit o su equivalente en la moneda de ese país, y no ha recibido ningún indulto en relación con el delito por el que se le impuso tal condena.

6. Según el artículo 25 1A de la Constitución Federal, el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier persona que la haya adquirido mediante inscripción en virtud del artículo 16A o mediante naturalización si consta que ha aceptado, desempeñado o ejecutado, sin la aprobación del Gobierno federal, las funciones de cualquier cargo, puesto o empleo en el gobierno de un país que no pertenece a la Federación o una subdivisión política de éste, o en un organismo de ese gobierno, cuando sea necesaria una prestación de juramento o declaración de fidelidad para ocupar dicho cargo, puesto o empleo.

7. No se puede privar a ninguna persona de su ciudadanía con arreglo a esta disposición por actos realizados antes de octubre de 1962, en relación con un país extranjero, o antes de enero de 1977, en relación con un país del Commonwealth, aunque fuera ciudadano en esa época.

8. Según el artículo 25, párr. 2, de la Constitución Federal, el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier persona que la haya adquirido mediante inscripción en virtud del artículo 16A o mediante naturalización, si consta que ha residido habitualmente en países que no pertenecen a la Federación durante un período continuo de cinco años y que durante ese período:

a) No ha estado en ningún momento al servicio de la Federación o de una organización internacional de la que fuera miembro el Gobierno federal; y

b) No ha dejado constancia anualmente en un consulado de la Federación de su intención de conservar su ciudadanía.

9. Esta disposición no se aplica a los períodos de residencia en los países del Commonwealth antes de enero de 1977.

10. Según el artículo 26, párr. 1, el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier persona que la haya adquirido mediante inscripción o naturalización, si llega a la conclusión de que la inscripción o el certificado de naturalización se obtuvo mediante fraude, engaño u ocultación de hechos esenciales o se realizó o concedió por error. El artículo 26, párr. 2, también establece que el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier mujer que la haya adquirido mediante inscripción de conformidad con el artículo 15 si el matrimonio en virtud del cual se llevó a cabo la inscripción se disuelve por causa distinta del fallecimiento en el plazo de dos años desde la fecha de su celebración.

11. Según el artículo 26A, cuando una persona haya renunciado a su ciudadanía o haya sido privada de ella con arreglo a los artículos 24, párr. 1 o 26, párr. 1, apdo. a, el Gobierno federal podrá, mediante orden, privar de su ciudadanía a cualquier hijo de esa persona menor de 21 años que haya sido inscrito como ciudadano o estuviera registrado como tal por ser hijo de esa persona o del cónyuge de ésta.

4. La cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros que son nacionales de un Estado que participa en un conflicto armado con el Estado de acogida. En ese contexto, ¿conviene distinguir entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que toman parte en actividades hostiles hacia éste?

CHINA

1. La legislación china no contiene disposiciones específicas que distingan entre la situación de los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que participan en actividades hostiles a éste, ni tampoco hay prácticas al respecto.

2. China no ha expulsado a extranjeros temporal o permanentemente residentes en el país en razón de las relaciones internacionales (ya sea en época de paz o en estado de guerra), por exigencias políticas internas, ni por razones políticas, económicas, ideológicas, religiosas o

de raza. Sin embargo, China abordará la situación de los extranjeros que participen en actividades hostiles en su contra con arreglo al derecho internacional y las disposiciones de la legislación interna.

MALASIA

1. Malasia estudia y sigue atentamente los debates sobre esta cuestión y, en este contexto, comparte la opinión de que en la actualidad no existe ninguna norma universal que prohíba la expulsión colectiva de extranjeros.

2. Por lo demás, la cuestión de la expulsión colectiva en caso de conflicto armado no está regulada en la legislación nacional de Malasia. Cabe señalar asimismo que, desde el punto de vista jurídico, no hay diferencias entre los extranjeros que viven pacíficamente en Malasia y los que toman parte en actividades hostiles hacia el país.

3. Si un extranjero tomara parte en actividades hostiles hacia Malasia podría ser enjuiciado con arreglo a las leyes penales pertinentes y, en su caso, condenado.

4. Además, el extranjero también está sujeto a los artículos 9 y 15 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley N.º 155). Según el artículo 9, el Director General dispone de facultades discrecionales absolutas para anular cualquier autorización o permiso en cualquier momento, mediante escrito firmado de su puño y letra, si llega a la conclusión de que la presencia en Malasia del titular de un permiso es, o podría llegar a ser, perjudicial para el orden público, la seguridad pública, la salud pública o la moral en Malasia. Asimismo, el artículo 15 de la Ley establece que ninguna persona podrá permanecer en Malasia tras la anulación de su permiso o certificado, tras realizar una declaración, tras la expiración del período de vigencia de cualquier autorización que le concierna o se le haya concedido, o tras habersele notificado, en la forma prescrita, la anulación, con arreglo a los reglamentos aprobados en virtud de dicha Ley, de cualquier autorización que le concierna o se le haya concedido, a menos que se le autorice por otra vía a permanecer en Malasia al amparo de esa Ley.

5. La cuestión de la existencia de un derecho de regreso a favor de un extranjero que haya debido abandonar el territorio de un Estado en virtud de una medida de expulsión juzgada después irregular por una autoridad competente¹

MALASIA

1. En Malasia, la Ley relativa al destierro, de 1959 (Ley N.º 79) (revisada en 1972), regula el destierro y la expulsión de Malasia de los no ciudadanos. Según el artículo 8 de la Ley, en lugar de adoptar una orden de detención o de destierro, el Ministro podrá, si lo considera adecuado, emitir una orden por la que se obligue a toda persona de la que tenga constancia que no es un ciudadano ni una persona exenta a abandonar Malasia en el plazo de 14 días desde la fecha en que se le entregue copia de la orden. El artículo 8, párr. 4, de la Ley también establece que la copia de la orden de expulsión deberá ser entregada

¹ Véase también la sección B.3 *infra*.

personalmente a la persona interesada, según el procedimiento previsto para las citaciones en el Código de procedimiento penal (Ley N.º 593), por un funcionario superior del cuerpo de policía o cualquier otra persona autorizada por el Ministro para practicar la notificación, y que éstos deberán informar al interesado de su derecho a impugnar la orden de expulsión ante el Tribunal Superior, en el plazo de 14 días desde la notificación, invocando su condición de ciudadano o de persona exenta.

2. Según el artículo 10 de la Ley N.º 79, cualquier persona respecto de la cual se haya aprobado una orden de expulsión podrá impugnarla ante el Tribunal Superior, en el plazo de 14 días desde la entrega de la copia de la orden realizada con arreglo al artículo 8, párr. 4, invocando su condición de ciudadano o de persona exenta. Si se demuestra, en el marco de ese recurso, que la persona es un ciudadano o una persona exenta, el Tribunal Superior anulará la orden de expulsión y, en su caso, ordenará que se ponga en libertad al demandante.

3. Cabe señalar que esa situación se da cuando la persona se encuentra aún en Malasia en el momento en que logra la anulación de la orden de expulsión y, en última instancia, su puesta en libertad.

4. Sin embargo, cuando una persona es desterrada y abandona Malasia no goza del derecho a regresar al país aunque logre la anulación de la orden de expulsión en el plazo de 14 días desde la notificación. La razón para ello es que pasa a aplicársele el artículo 6 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley N.º 155). En otras palabras, sólo se le permitirá entrar en Malasia si posee una autorización o permiso de entrada válido.

5. Cabe señalar que se entiende por «persona exenta» toda persona exenta de la aplicación de los artículos 5 y 8 de la Ley N.º 79 en virtud de una orden adoptada con arreglo al artículo 12 de esa Ley. Según el artículo 12, el Ministro podrá, mediante orden, decidir que una persona determinada o una categoría específica de personas quede exenta, de manera incondicional o con arreglo a las condiciones que imponga, de la aplicación de los artículos 5 y 8.

6. Los criterios que permiten diferenciar la expulsión de un extranjero de la problemática de la no admisión; en particular, la cuestión de saber a partir de cuándo el alejamiento de un inmigrante ilegal está sujeto al procedimiento de expulsión y no al de no admisión

CHINA

1. La legislación china pertinente cuenta con disposiciones separadas respecto de la expulsión de extranjeros y la denegación de entrada a éstos.

2. En la práctica, el momento en que la remoción de un inmigrante ilegal se rige por el procedimiento de expulsión y no por el de no admisión depende de si el inmigrante ilegal ha entrado o no en China al momento en que se lo haya descubierto. El procedimiento de no admisión se aplica cuando el inmigrante ilegal todavía no ha entrado en China.

MALASIA

1. Uno de los principales criterios para diferenciar ambos procedimientos parece ser el criterio territorial, ya que no es posible expulsar a una persona que no se encuentra en el territorio del Estado que expulsa. A esa persona sólo se le puede denegar la admisión. Así pues, la no admisión supone impedir que una persona que se encuentra fuera del territorio de un Estado entre en él, mientras que la expulsión supone obligar a una persona que se encuentra en el territorio de un Estado a abandonarlo.

2. La no admisión de los extranjeros está regulada en los artículos 6 y 9 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley N.º 155). Según el artículo 6, párr. 1, los no ciudadanos no podrán entrar en Malasia a menos que dispongan de una autorización o permiso de entrada válido. Además, el artículo 9 establece que el Director General podrá, cuando lo considere oportuno en aras de la seguridad pública o en razón de las condiciones económicas, industriales, sociales, educativas o de otro tipo en Malasia, prohibir mediante orden la entrada o el reingreso en Malasia de cualquier persona o categoría de personas.

3. Por lo que se refiere a la expulsión de los extranjeros, ya se ha señalado que este procedimiento sólo se aplica a los extranjeros que se encuentran en Malasia. A este respecto, el artículo 31 de la Ley N.º 155 regula el alejamiento de Malasia de los inmigrantes prohibidos. Según esta disposición, si se determina, durante el examen de cualquier persona que llegue a Malasia o tras las investigaciones que sean necesarias, que esa persona es un inmigrante prohibido, el Director General podrá prohibir su desembarco, con arreglo a los reglamentos aprobados en virtud de dicha Ley, o podrá, a su discreción, ordenar su internamiento en un centro de inmigrantes o en otro lugar que designe hasta que se presente la oportunidad de devolverla al lugar en que inició su viaje o a su país de nacimiento o de ciudadanía.

4. Por su parte, el artículo 32 regula el alejamiento de los inmigrantes ilegales. Esta disposición permite que cualquier persona condenada por una infracción de los artículos 5, 6, 8 o 9 sea expulsada de Malasia por orden del Director General, siempre que no se ordene el alejamiento de Malasia de un ciudadano condenado por una infracción del artículo 5.

5. Por último, el artículo 33 de la Ley N.º 155 regula el alejamiento de las personas cuya estancia en Malasia sea ilícita con arreglo a los artículos 9, 15 o 60. Esas personas podrán ser expulsadas de Malasia por orden del Director General con independencia de que se incoen procedimientos contra ellas por la comisión de infracciones de esa Ley.

7. La situación jurídica de los inmigrantes ilegales que se encuentran en el mar territorial o en las aguas interiores, o en la zona fronteriza excepto las zonas portuarias o aeroportuarias. En particular, ¿existe, además de las zonas portuarias o aeroportuarias, una zona internacional dentro de la cual se consideraría que el extranjero no ha penetrado aún en el territorio del Estado? En caso afirmativo, ¿cómo determinar la extensión y la anchura de esa zona?

CHINA

1. China considera que, aparte de las zonas portuarias y aeroportuarias, no existen zonas internacionales en las que se pueda considerar que un extranjero todavía no ha entrado en el territorio de un Estado.

2. En China, se considera que los extranjeros ilegales que han entrado en zonas fronterizas o en aguas territoriales o internas que no sean puertos o aeropuertos han entrado al territorio chino, y se les aplican los procedimientos de expulsión. Sin embargo, no se considera que los extranjeros ilegales que no han completado los procedimientos de entrada legal y son descubiertos en zonas portuarias abiertas al exterior, como puertos y aeropuertos, hayan entrado en territorio chino, aun cuando hayan llegado a la zona del puerto o aeropuerto. A esos extranjeros no se les aplican los procedimientos de expulsión; más bien, sus casos se tramitan con arreglo al procedimiento de no admisión.

MALASIA

1. Además de las zonas portuarias o aeroportuarias, en Malasia no hay ninguna zona internacional dentro de la cual se consideraría que el extranjero no ha penetrado aún en su territorio.

2. Cabe señalar que, según el artículo 6 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley N.º 155), ninguna persona, salvo los ciudadanos, podrá entrar en Malasia a menos que disponga de una autorización o permiso de entrada válido. Por su parte, el artículo 15 de esa misma Ley regula en detalle la entrada o presencia ilícitas en Malasia. Así, cualquier no ciudadano que entre en Malasia sin una autorización o permiso de entrada válido será considerado un «inmigrante ilegal».

3. Por lo que respecta al significado del término «entrada», cabe remitirse al artículo 2 de la Ley N.º 155, que en su parte pertinente lo define de la siguiente manera:

a) en el caso de las personas que llegan por vía marítima, el desembarco en Malasia del buque en que lleguen;

b) en el caso de las personas que lleguen por vía aérea a un aeropuerto autorizado, la salida del recinto del aeropuerto;

c) en el caso de las personas que entren por vía terrestre y pasen por un puesto de control de inmigración de conformidad con el artículo 26, la salida del recinto del puesto con una finalidad que no sea abandonar Malasia por una ruta autorizada; y

d) en los demás casos, cualquier entrada en Malasia por vía terrestre, marítima o aérea.

No se incluirán en ningún caso las entradas realizadas con el fin de cumplir lo dispuesto en la presente Ley ni las entradas aprobadas expresa o implícitamente por un funcionario de inmigración con miras a realizar una investigación o practicar una detención en virtud de la presente Ley.

4. No obstante, la legislación nacional considera que un «inmigrante ilegal» que se encuentra en el mar territorial o en las aguas interiores pero que aún no ha desembarcado a tierra se halla en el territorio de manera ilícita.

8. La práctica de los Estados con respecto a los motivos de expulsión, así como la cuestión de si, y llegado el caso, en qué medida el derecho internacional limita esos motivos*

CHINA

Práctica relativa a los motivos de expulsión

1. En la práctica, en las circunstancias siguientes no se aplica en general la expulsión a los residentes en China de larga data o permanentes: si han residido, pagado impuestos u operado un comercio en China durante un largo período, o si sus hijos se encuentran con ellos en China, o si su expulsión pudiera llevar a la ruptura de la familia, dejarla en la pobreza o privarla de medios de subsistencia por el resto de su vida. En general, la expulsión tampoco se aplica a los apátridas que han residido durante mucho tiempo o permanentemente en China. Para las disposiciones legales de fondo, véase la sección B.1 *infra*.

Limitaciones con arreglo al derecho internacional

2. La expulsión de extranjeros se debe realizar de conformidad con la ley; el Estado no debe abusar de su derecho a expulsar. El Gobierno adopta la decisión de expulsar o no a una persona en conformidad estricta con las disposiciones del derecho interno, los tratados y acuerdos internacionales y la práctica internacional aceptada comúnmente, teniendo en cuenta los hechos, la naturaleza y las circunstancias de los actos de esa persona. Las decisiones de esta naturaleza no deben verse afectadas por factores como la nacionalidad, la raza, el color de la piel o la religión del extranjero.

3. China es parte en la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Con arreglo a las disposiciones de esa Convención, no se puede expulsar por la fuerza a los extranjeros que solicitan ser considerados refugiados después de haber entrado a China y mientras se determine su situación, ni si se los ha reconocido como refugiados (con excepción de quienes hayan cometido delitos graves).

4. China también es parte en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Con arreglo a las disposiciones de esa Convención, si hubiera causas suficientes para creer que una persona corre el riesgo de ser torturada en otro país, China no la expulsará a ese país.

MALASIA

1. El artículo 5 de la Ley relativa al destierro, de 1959, permite que el Ministro adopte una orden de destierro de una persona «cuando llegue a la conclusión, sobre la base de las investigaciones o de la información escrita que considere necesarias o suficientes, que el destierro de Malasia [de un no ciudadano] sería beneficioso para el país».

2. Además, los no ciudadanos que hayan entrado en Malasia sin cumplir las disposiciones de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley N.º 155) se consideran inmigrantes ilegales y pueden ser sancionados con arreglo a esa Ley. Los inmigrantes ilegales pueden, asimismo, ser deportados con arreglo a lo dispuesto en la Ley.

* Véase también la sección B.1 *infra*.

B. Observaciones e información sobre las cuestiones específicas mencionadas por la Comisión en su informe de 2009

1. Motivos de expulsión previstos por la legislación nacional*

ALEMANIA

1. Como ya ha señalado Alemania¹, la Ley de Residencia de Alemania (*Aufenthaltsgesetz-AufenthG*) establece varios motivos de expulsión, entre los que figuran los basados en la comisión de delitos penales o en condenas, así como los relacionados con actividades terroristas o extremistas e infracciones administrativas.

2. Al considerar la cuestión de las restricciones impuestas por el derecho internacional, deben tenerse en cuenta las dos fases del proceso para poner fin a la residencia en Alemania. El permiso de residencia de un extranjero expira en el momento de la expulsión y, por consiguiente, éste se ve privado de su derecho de residencia en Alemania. Por ello, el extranjero está obligado a abandonar el país (artículo 50 de la Ley de Residencia). Esta obligación de abandonar el país únicamente se lleva a la práctica mediante deportación cuando ha pasado a ser ejecutable y no se tiene la certeza de que el extranjero abandonará el país voluntariamente o existen motivos de seguridad y orden públicos que hacen necesaria la supervisión de la salida (artículo 58 de la Ley de Residencia). Las obligaciones internacionales pueden obstaculizar la expulsión y la deportación. Por ejemplo, las consideraciones mencionadas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos y el artículo 6 de la Constitución de Alemania se han incorporado en el artículo 56 de la Ley de Residencia (protección especial frente a la expulsión en caso de vínculos familiares en Alemania). El artículo 60, párrs. 2 y 5, de la Ley de Residencia prohíbe la deportación (debido también a la obligación contraída en virtud del artículo 3 del Convenio) si existe peligro de que el extranjero, una vez deportado, sea objeto de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes. Estas restricciones se aplican independientemente de los motivos de expulsión que existan.

¹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604, secc. A.8.

ANDORRA

1. La Ley de inmigración establece los detalles de la expulsión administrativa de extranjeros (arts. 106 y ss.). Esa norma establece dos motivos principales para la expulsión administrativa. El primero es que la entrada o la presencia en Andorra de la persona sujeta a la medida entrañen un riesgo a la seguridad del Estado, las personas, los bienes o el orden público. El segundo es que se haya notificado al extranjero su situación irregular, pero éste no salió de Andorra dentro del plazo establecido.

2. Sin embargo, esta medida administrativa tiene limitaciones que ofrecen importantes garantías a la persona afectada. En tal sentido, la Constitución del Principado de Andorra, de 14 de marzo de 1993, establece en su artículo 22 que sólo se puede expulsar a una persona que reside legalmente en Andorra por las razones expuestas en la ley y en las

condiciones previstas por ésta, y a resultas de un fallo judicial firme si el interesado recurrió ante la justicia. Además, la Ley de inmigración establece que no pueden ser expulsados los menores extranjeros, los adultos extranjeros nacidos en Andorra y que han vivido allí ininterrumpidamente desde su nacimiento y los adultos extranjeros que han residido legalmente en Andorra ininterrumpidamente durante 20 años. Se puede hacer una excepción cuando hubiera una necesidad imperiosa en interés de la seguridad del Estado, las personas, los bienes o el orden público.

3. La Ley establece que la duración máxima de la expulsión será de diez años en el caso de las personas que entrañen un riesgo a la seguridad del Estado, a las personas, a los bienes o al orden público, y de dos años para las personas que se hubiera determinado que se encontraban en el país en situación irregular y no salieron de Andorra dentro del plazo establecido. Por último, el artículo 119.5 de la Ley de inmigración establece que la notificación de la expulsión es un requisito necesario previo a la iniciación de un expediente de expulsión administrativa, a menos que la expulsión se aplique como medida de ejecución forzosa o en caso de riesgo grave para la seguridad del Estado.

ARMENIA

1. La situación de los extranjeros en Armenia se rige por la Constitución, los tratados internacionales, la Ley de extranjería de la República de Armenia y otros instrumentos jurídicos. La cuestión relativa a la expulsión de extranjeros, en particular la definición de «expulsión», los fundamentos jurídicos de la expulsión, la iniciación de acciones relativas a la expulsión, las circunstancias que prohíben la expulsión, los derechos y las obligaciones de los extranjeros durante la tramitación del proceso, la decisión de expulsar, la apelación y la ejecución de la decisión y la detención del extranjero a los fines de su expulsión están regulados en la Ley de extranjería.

2. La Ley de extranjería define la «expulsión» como la remoción por la fuerza de un extranjero de Armenia cuando no existe fundamento jurídico alguno para su permanencia o residencia en el país. Los extranjeros están obligados a salir del territorio armenio en los casos siguientes: a) vencimiento de la validez de visado de entrada o del permiso de residencia; b) invalidación del visado de entrada con arreglo a lo establecido en la Ley de extranjería; c) denegación de la solicitud de residencia o de la prórroga de su duración; y d) privación de la condición de residente por los motivos establecidos en la Ley de extranjería. Si el extranjero no sale voluntariamente del territorio de Armenia a resultas de los motivos mencionados precedentemente, habrá fundamentos jurídicos para proceder a su expulsión.

BAHREIN¹

Expulsión sobre la base de la Ley sobre los extranjeros de 1965, modificada

1. Las medidas de expulsión adoptadas contra los extranjeros delincuentes se encuentran previstas en la Ley sobre los extranjeros (inmigración y residencia) de 1965,

* Véase también la sección A.8 *supra*.

¹ Los textos de la legislación mencionada fueron comunicados a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

modificada. A efectos de dicha ley, esas medidas se denominan «decisiones de expulsión». El artículo 25, párr. 1, de la ley dispone que el jefe de la policía y seguridad pública puede, con autorización del jefe de Estado y en los casos enumerados en el inciso 2 de dicho artículo, adoptar una decisión que comporte la obligación de abandonar Bahrein, así como la prohibición de retornar.

2. Podrá ordenarse la expulsión de todo extranjero, con la autorización del jefe de Estado, en los siguientes casos:

a) cuando un tribunal certifique por ante el jefe de policía y seguridad pública que el extranjero fue declarado culpable de una infracción castigada con pena de prisión por dicho tribunal o por otro tribunal inferior cuya decisión fuera apelada, y que ese tribunal haya recomendado que se dicte una decisión de expulsión con respecto a ese extranjero;

b) cuando el jefe de policía y seguridad pública estime que el interés general requiere adoptar una decisión de expulsión contra el extranjero.

3. La Dirección General de la Nacionalidad, Pasaportes y Residencia encargada de aplicar la Ley sobre los extranjeros adopta las medidas necesarias contra el extranjero que haya sido condenado en sede penal y que haya infringido la Ley sobre los extranjeros, en especial las disposiciones relativas a las condiciones de residencia. De acuerdo con la decisión adoptada y la infracción cometida, el extranjero delincuente puede ser expulsado, tanto inmediatamente después de dictada la decisión de expulsión, como después de haber cumplido su condena.

Expulsión en ejecución de una decisión de justicia

[...]

Expulsión de trabajadores extranjeros sobre la base de la Ley sobre la reglamentación del mercado de trabajo (Ley N.º 19 de 2006)

4. A partir de la promulgación de la Ley sobre la reglamentación del mercado de trabajo (Ley N.º 19 de 2006), la autoridad de reglamentación del mercado de trabajo se encuentra a cargo de la expulsión de todo trabajador extranjero cuyo permiso de trabajo deje de ser válido por las razones enumeradas en la ley: obtención de un permiso por medios fraudulentos o fraude, expiración del permiso, finalización de un empleo vinculado a un proyecto, no respeto de las condiciones de concesión del permiso (art. 26).

BELARÚS

1. De conformidad con el artículo 65 de la Ley de 3 de junio de 1993, sobre el estatuto jurídico de los extranjeros y apátridas en la República de Belarús, modificada por la Ley de 19 de julio de 2005, los extranjeros y apátridas pueden ser expulsados de Belarús por motivos de seguridad nacional, orden público y protección de la moral y la salud de la población y los derechos y libertades de los ciudadanos de Belarús y otras personas.

2. Las decisiones de expulsión son adoptadas por los órganos encargados de los asuntos internos o de la seguridad del Estado, por propia iniciativa o a instancias de las autoridades estatales interesadas.

3. Cabe señalar que el 21 de julio de 2010 entra en vigor una nueva Ley sobre el estatuto jurídico de los extranjeros y apátridas en la República de Belarús, de 4 de enero de 2010, que contiene disposiciones similares sobre la expulsión de los extranjeros.

4. Asimismo, el Código de infracciones administrativas, de 21 de abril de 2003, y el Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos, de 20 de diciembre de 2006, están en vigor en Belarús desde el 1.º de marzo de 2007. Al elaborar esos códigos se tuvieron debidamente en cuenta los enfoques jurídicos internacionales sobre esta cuestión.

5. El Código de infracciones administrativas estableció un nuevo tipo de sanción administrativa: la deportación de extranjeros por la comisión de una infracción administrativa.

6. La deportación puede aplicarse a los extranjeros como sanción administrativa adicional por la violación de las normas de residencia en Belarús y de tránsito por su territorio. Esta sanción administrativa se determina en función de la naturaleza y las consecuencias perjudiciales de la infracción administrativa cometida, las circunstancias en que fue cometida y la identidad del extranjero autor de la infracción.

7. Las sanciones administrativas por la violación del estatuto jurídico de los extranjeros y apátridas en Belarús son un elemento clave del sistema de medidas preventivas, ayudan a controlar los aspectos negativos de la inmigración ilegal y cumplen, en su conjunto, una función general de prevención.

8. Con arreglo al artículo 66 de la Ley de extranjería, los extranjeros objeto de una decisión de deportación o expulsión son inscritos en la lista de personas cuya entrada en Belarús está prohibida o no es deseable. La entrada a Belarús de un extranjero deportado o expulsado se puede prohibir por un período de 1 a 10 años. No obstante, la nueva Ley de extranjería ha modificado el período durante el cual queda prohibida la entrada a Belarús de un extranjero deportado, y lo ha fijado en un período de 1 a 5 años.

9. El período durante el cual queda prohibida la entrada a Belarús se determina en función de las circunstancias que hayan dado lugar a la decisión de expulsión o deportación y otros datos relativos a la identidad y la presencia del extranjero en Belarús.

10. Si los extranjeros contra los que se han adoptado órdenes de expulsión o deportación presentan solicitudes para obtener la condición de refugiado, asilo o protección adicional en Belarús con arreglo a la legislación del país, su deportación o expulsión queda suspendida.

11. Las expulsiones o deportaciones quedan suspendidas hasta que se adopte una decisión sobre las solicitudes

de obtención de la condición de refugiado o de protección adicional en Belarús, hasta la expiración del plazo fijado en la ley para apelar las decisiones sobre esas solicitudes, hasta la ejecución de las decisiones judiciales por las que se desestimen las apelaciones o hasta que se adopte una decisión sobre las solicitudes de asilo en Belarús.

12. Las expulsiones o deportaciones quedan revocadas cuando se concede la condición de refugiado, asilo o protección adicional en Belarús a los extranjeros que han sido objeto de decisiones de expulsión o deportación y cuando no es posible devolver o deportar a los extranjeros sin su consentimiento a un país en que su vida o libertad se vería amenazada en razón de su raza, religión, ciudadanía, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opiniones políticas, o cuando puedan padecer tortura.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

1. Con arreglo al artículo 88 de la Ley de extranjería y asilo, se puede expulsar a un extranjero por alguna de las razones siguientes:

a) Si entró o intentó entrar en Bosnia y Herzegovina ilegalmente, o permaneció en Bosnia y Herzegovina después de la expiración del visado o del plazo de estadía sin visado, o si trató de violar o violó las normas relativas al cruce de las fronteras internacionales de Bosnia y Herzegovina;

b) Si su visado fue anulado mediante fallo definitivo y el extranjero no ha salido del territorio de Bosnia y Herzegovina dentro de los 15 días o del plazo de ejecución voluntaria establecido en la Ley;

c) Si se canceló su estadía y el extranjero no ha salido de Bosnia y Herzegovina voluntariamente con arreglo a lo establecido en la Ley;

d) Si ha permanecido en Bosnia y Herzegovina después del vencimiento del estatuto de refugiado, la protección subsidiaria o la protección temporal, o si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 117 (Expulsión en caso de denegación de la solicitud de protección internacional) de la Ley, o si no ha adquirido el derecho a permanecer en el país con arreglo a la Ley;

e) Si la decisión sobre retiro de la nacionalidad de Bosnia y Herzegovina, o de quedar liberado de ésta, ha pasado a ser jurídicamente vinculante y el extranjero no ha formalizado el derecho de residencia con arreglo a la Ley;

f) Si se ha pronunciado una decisión definitiva y vinculante por la cual el extranjero ha sido condenado por la comisión de los delitos de tráfico de estupefacientes, tráfico de armas o trata de personas, terrorismo, blanqueo de dinero o alguna otra forma de delincuencia organizada, transfronteriza y transnacional;

g) Si ha sido condenado legalmente por la comisión de un delito sancionado con un año de prisión o más;

h) Si su presencia constituye una amenaza al orden público, el orden jurídico o la seguridad de Bosnia y Herzegovina; o

i) Si la persona había sido aceptada con fundamento en un acuerdo internacional de cooperación para la recepción y admisión de personas cuya permanencia es ilegal, y a esa persona no se le ha otorgado un permiso de residencia válido en Bosnia y Herzegovina.

2. En el artículo 90 de la Ley de extranjería y asilo se establecen casos especiales de expulsión, a saber:

1. Con carácter excepcional, sobre la base de una propuesta fundamentada del Ministerio, Servicio u otra dependencia del Ministerio o de la policía, el Consejo de Ministros podrá, al resolver casos individuales, adoptar la decisión de expulsar de Bosnia y Herzegovina a un extranjero, con la prohibición permanente de entrada en Bosnia y Herzegovina, si considerase que la expulsión es necesaria en interés del orden público o se basa en razones de seguridad nacional, en el sentido de lo establecido en el artículo 1, párrafo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en su versión enmendada por el Protocolo 11.

2. La decisión a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo no se podrá ejecutar en contravención de lo establecido en el artículo 91 (Principio de no devolución) de la Ley.

BULGARIA

1. Las autoridades del Ministerio del Interior o del Organismo Estatal de Seguridad Nacional están facultadas para expulsar a un extranjero a quien se hubiera otorgado un permiso de residencia a largo plazo en otro Estado miembro de la UE; a quien reuniera los requisitos para el otorgamiento de un permiso de residencia a largo plazo en Bulgaria si dicha persona fuera empleado de una industria u oficina o trabajador autónomo en Bulgaria o hubiera entrado al país con fines de estudio, incluso formación profesional, si dicha persona o sus familiares representaran una amenaza grave a la seguridad nacional o el orden público, después de celebrar consultas con las autoridades competentes del Estado miembro de la UE del que esa persona fuera titular de un permiso de residencia a largo plazo. Para determinar la expulsión se tendrán en cuenta la duración de la residencia del extranjero en el territorio Bulgaria, su edad, estado de salud, estado civil e integración social, así como la existencia de una relación con el Estado de residencia o la falta de relación con el Estado de origen de esa persona. Las autoridades del Ministerio del Interior o del Organismo Estatal de Seguridad Nacional deberán notificar a las autoridades competentes del Estado miembro respectivo de la UE la ejecución de la decisión de expulsar.

2. Con arreglo al artículo 42, párr. 1, de la Ley de extranjería de Bulgaria, se expulsará a un extranjero cuando su presencia en Bulgaria constituya una amenaza grave a la seguridad nacional o el orden público. Con arreglo al artículo 42.a de la misma Ley, también se expulsará al extranjero que resida en el territorio de Bulgaria y que esté sujeto a una decisión de expulsión dictada por las autoridades competentes de otro Estado miembro de la UE. En esos casos, la expulsión se llevará a cabo siempre que la decisión de expulsar no haya sido revocada o suspendida por el Estado emisor y que el extranjero constituya una amenaza grave y actual a la seguridad nacional, o que la decisión de expulsar se base en que el extranjero no ha cumplido las disposiciones que regulan la entrada y residencia de extranjeros en el Estado miembro de la UE que dictó la decisión (artículo 42.b de la Ley de extranjería). Con arreglo al artículo 42.a de la Ley de extranjería,

la expulsión sólo se hará efectiva después de que se confirme que la decisión de expulsar no ha sido revocada ni suspendida y cuando se reciban del Estado miembro de la UE emisor de la decisión los documentos que confirmen la identidad del extranjero. La expulsión no se llevará a cabo si una ley especial o un tratado internacional en que Bulgaria sea parte estableciera otra cosa.

3. Cuando un extranjero constituya una amenaza grave y actual al orden público o a la soberanía nacional porque ha sido condenado por la comisión de un delito penal por el que se ha impuesto una pena de privación de la libertad de por lo menos un año de duración, o por la existencia de motivos graves que lleven a pensar que ha cometido un delito penal grave o que prevé cometer ese tipo de delito en el territorio de un Estado miembro de la UE, las autoridades del Ministerio del Interior y del Organismo Estatal de Seguridad Nacional estarán facultadas para dictar un mandamiento de expulsión y pedir su ejecución a las autoridades competentes del Estado miembro respectivo de la UE respecto de un extranjero presente en su territorio (artículo 44.g de la Ley de extranjería).

4. Con arreglo al artículo 25 de la Ley de la República de Bulgaria de entrada, residencia y salida de nacionales de la Unión Europea y sus familiares, se expulsará a nacionales de la UE o sus familiares cuando su presencia en Bulgaria constituya una amenaza inminente a la seguridad nacional o el orden público. Únicamente se expulsará a los nacionales de la UE que hayan residido en Bulgaria durante los últimos diez años en casos excepcionales relacionados con la seguridad nacional, y a los menores cuando redunde en interés de éstos. Cuando el mandamiento de expulsión no se haya ejecutado por más de dos años después de su entrada en vigor, la autoridad emisora deberá verificar si siguen siendo válidos los fundamentos de hecho de la emisión. Si los fundamentos de hecho ya no fueran válidos, el mandamiento se considerará rescindido. Los nacionales de la UE o sus familiares a quienes se hubiera impuesto la expulsión no podrán ser expulsados a un Estado en donde corra peligro su vida y libertad y en donde estén expuestos a riesgo de persecución, tortura o tratos inhumanos o degradantes.

CHINA

Disposiciones de la Ley Penal

1. El artículo 35 de la Ley establece que, como pena independiente o accesoria, se podrá deportar al extranjero que haya cometido un delito.

Disposiciones de la Ley de extranjería

2. El artículo 16 de la Ley establece que las autoridades competentes podrán reducir el período de estadía en China o anular el estatuto de residencia de los extranjeros que no respeten la legislación china.

3. El artículo 27 de la Ley establece que el extranjero que entre en China o resida en el país ilegalmente podrá ser detenido para su examen, ser sometido a vigilancia domiciliaria o ser deportado por el órgano de seguridad pública a nivel de condado o superior.

4. Los artículos 29 y 30 de la Ley establecen que cuando las circunstancias del caso sean graves se podrá ordenar a un extranjero que abandone el país dentro de un plazo determinado, o se lo podrá expulsar del país, si esa persona entra a China o sale del país ilegalmente, establece su residencia ilegalmente en China o hace una parada ilegal en el país, viaja a lugares prohibidos para extranjeros sin un documento de viaje válido, falsifica o altera un certificado de entrada o salida, utiliza como propio el certificado de otra persona o transfiere su certificado.

5. Además, el artículo 43 del Reglamento de aplicación de la Ley de extranjería de la República Popular China establece que, cuando las circunstancias del caso sean graves, se podrá ordenar que salgan del país dentro de un plazo determinado a los extranjeros que no presenten para examen el permiso de residencia cuando así se les solicite, o que no lleven consigo el pasaporte o certificado de residencia, o que se nieguen a que la policía examine el certificado.

6. El artículo 44 del Reglamento establece que se podrá ordenar que abandonen el país dentro de un plazo determinado a los extranjeros que trabajen en China en relación de dependencia sin autorización, cuando las circunstancias sean graves.

Disposiciones de la Ley de sanciones por infracciones a la seguridad pública de la administración

7. El artículo 10 de esta Ley establece que se podrá ordenar que salga del país dentro de un cierto plazo, o se podrá expulsar del país, al extranjero que infrinja la seguridad pública de la administración.

CROACIA

1. Las condiciones y el procedimiento de expulsión de extranjeros en Croacia están regulados en:

a) La Ley de extranjería (Boletín Oficial de la República de Croacia, N.ºs 79/07 y 36/09);

b) El Reglamento de documentos de viaje, visados y trato a los extranjeros (Boletín Oficial de la República de Croacia, N.º 79/07);

c) La Ley de contravenciones (Boletín Oficial de la República de Croacia, N.ºs 88/02, 122/02, 187/03, 105/04, 127/04 y 107/07); y

d) La Ley Penal (Boletín Oficial de la República de Croacia, N.ºs 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 71/06 y 110/07).

2. La decisión de expulsar podrá figurar en:

a) El fallo de un tribunal penal que decida la expulsión de un extranjero como medida de seguridad;

b) El fallo de un tribunal correccional que decida la expulsión del extranjero del país como medida de protección;

c) La decisión expedida por el Ministerio del Interior, la Administración de Policía o una estación de policía.

3. Se podrá expulsar de Croacia al extranjero que constituya un peligro para el orden público, la seguridad nacional o la salud pública.

4. Al adoptarse la decisión de expulsar, se deberán tener en cuenta las circunstancias personales, familiares, económicas y de otro tipo.

5. La decisión de expulsar a un extranjero (expulsión facultativa) se podrá dictar particularmente cuando:

- a) Se haya determinado que la estadía era ilegal;
- b) Haya cruzado o tratado de cruzar la frontera del Estado ilegalmente;
- c) Haya prestado ayuda a otras personas para entrar en el país, transitar por él o permanecer en él ilegalmente;
- d) Haya contraído un matrimonio de conveniencia;
- e) Haya infringido las normas sobre empleo y trabajo de extranjeros;
- f) Haya infringido los reglamentos sobre orden público, armas, uso indebido de estupefacientes o aranceles aduaneros o impuestos;
- g) Haya cometido un delito penal determinante;
- h) Haya sido condenado por sentencia definitiva en otro país por un delito violento también punible en la legislación de Croacia;
- i) Haya reincidencia en la comisión de delitos.

6. La decisión de expulsar a un extranjero (expulsión obligatoria) se dictará cuando:

- a) Haya sido condenado por la comisión premeditada de un delito penal a una pena de prisión efectiva de más de un año;
- b) En un período de cinco años, en distintas ocasiones haya sido condenado por la comisión premeditada de delitos penales, por fallo firme, a penas de prisión que totalicen por lo menos tres años;
- c) Haya sido condenado a un año de prisión efectiva por la comisión de un delito penal contrario a los valores protegidos por el derecho internacional;
- d) Represente un peligro para la seguridad nacional.

7. Tendrán derecho a protección especial contra expulsión los extranjeros a quienes se haya otorgado:

- a) Residencia permanente en Croacia;
- b) Residencia temporal en Croacia por un período ininterrumpido de diez años;
- c) Residencia temporal y estuviese casado con un nacional de Croacia o con un extranjero a quien se haya otorgado residencia permanente.

8. Sólo se podrá expulsar a estos extranjeros si se presentara alguno de los motivos de expulsión obligatoria.

9. La decisión de expulsar establecerá la prohibición de entrada y estadía del extranjero en Croacia, que no será inferior a tres meses ni mayor de cinco años.

10. Se podrá expulsar del país, como medida de protección, al extranjero que haya cometido una contravención, si hubiera razones para creer que esa persona seguirá cometiendo contravenciones.

11. La expulsión de un extranjero como medida de protección no podrá imponerse por un período inferior a tres meses ni mayor de tres años.

12. Se podrá expulsar del país, como medida de seguridad, al autor de un delito penal, si hubiera razones para creer que está a punto de cometer un determinado delito penal.

13. La expulsión de un extranjero como medida de seguridad no podrá ser menor de un año ni mayor de diez años, contados a partir del día en que la sentencia quede firme, teniendo en cuenta que el tiempo de prisión no se incluirá en el plazo de duración de esta medida.

14. Se podrá expulsar permanentemente, como medida de seguridad, al autor de un delito penal para el que la ley establezca una pena de prisión prolongada.

CUBA

La legislación cubana prevé la expulsión de extranjeros como una de las sanciones accesorias aplicables a las personas naturales, según lo preceptuado en el artículo 28.3 inc. i), de la Ley N.º 62, de 30 de abril de 1988, Código Penal de la República de Cuba. En su artículo 46.1 se establece que se podrá imponer la sanción de expulsión a un extranjero cuando el tribunal competente considere que, por la índole del delito, las circunstancias de su comisión o las características personales del inculcado, se evidencia que su permanencia en la República es perjudicial. Además, prevé que la imposición de la expulsión de extranjeros como medida accesoria procede después de que se extinga la sanción principal, y concede la facultad discrecional al Ministro de Justicia para decretar la expulsión del extranjero sancionado antes de que se cumpla la sanción principal, caso en el cual se extingue la responsabilidad penal del sancionado.

EL SALVADOR

1. *Falsa declaración*: que el extranjero haya proporcionado falsa declaración al momento de realizar su ingreso al territorio nacional, o bien al momento de presentar algún trámite ante la Dirección General de Migración y Extranjería. Infracción contemplada en el artículo 16 de la Ley de migración.

2. *Ingreso irregular*: que el extranjero haya ingresado al territorio salvadoreño de manera irregular por un punto

no establecido para realizar control migratorio, portando o no documento de viaje. Infracción establecida en el artículo 6 de la Ley de migración.

3. *Permanencia irregular*: que, habiendo ingresado al país legalmente, el tiempo de permanencia otorgado haya caducado, incurriendo así en un estatus migratorio irregular. Infracción contemplada en el artículo 60, inciso tercero, de la Ley de migración, en relación con el artículo 66 de la citada Ley.

4. *Comisión de delito*: todo aquel extranjero que cometa un delito dentro del territorio salvadoreño habiendo ingresado de forma regular o irregular y la autoridad competente ordene su inmediata expulsión del territorio salvadoreño. Infracción fundada en el artículo 61 de la Ley de migración.

5. *Intereses nacionales*: basado en el artículo 63 de la Ley de migración, el cual establece que, por motivos discrecionales calificados, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública puede acordar la expulsión del territorio salvadoreño de un extranjero cuya presencia sea contraria a los intereses nacionales.

6. *Orden judicial*: artículo 60 del Código penal, que establece que «[l]a pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros comprende la salida forzosa inmediata del territorio nacional luego de cumplida la pena principal y la prohibición de reingresar al mismo, en un máximo de cinco años siguientes, a criterio del juez».

7. *Contratación de servicios especializados*: artículo 26, inciso cuarto, de la Ley de migración, que establece que al terminar un contrato de prestación de servicios, por cualquier causa, el extranjero deberá abandonar el territorio nacional o en caso contrario será expulsado del país.

8. *Ingreso como residentes temporales*: los extranjeros que hayan ingresado como residentes temporales o los comprendidos en el literal *c* del artículo 23 de la Ley de migración deberán depositar, en el término de 48 horas después de su inscripción, en la Dirección General de Migración y Extranjería, el valor del pasaje en avión entre la ciudad de San Salvador y el país de su procedencia. El incumplimiento de dicho requisito será penado con expulsión del territorio nacional, exceptuándose a los centroamericanos y panameños por nacimiento.

9. Hay que hacer notar que las causales enunciadas en los párrafos 7 y 8 *supra*, a pesar de estar contenidas en la Ley de migración vigente desde 1958, no son aplicables a la fecha.

ESLOVAQUIA

1. Los motivos de la expulsión administrativa de extranjeros del territorio de Eslovaquia figuran en el artículo 57, párrs. 1 y 2, de la Ley N.º 48/2002 Recop. de extranjería y de modificación y complemento de otras leyes, enmendada. Las mencionadas disposiciones de la Ley de extranjería también establecen la duración de la prohibición de entrada en el territorio de Eslovaquia tal y como se indica a continuación:

- a) Durante un período de cinco años si el extranjero:
 - i) Pone en peligro la seguridad del Estado, el orden público, la salud, los derechos y las libertades de otros y, en ámbitos definidos específicamente, también el medio ambiente natural;
 - ii) Ha sido condenado por sentencia firme por haber cometido un delito doloso, salvo que se hubiera dictado una sentencia de expulsión en su contra;
 - iii) Ha infringido las disposiciones legales que regulan los narcóticos y sicotrópicos;
 - iv) Ha presentado documentos falsos o alterados o documentos de otra persona durante la inspección realizada de conformidad con esa Ley;
 - v) Lleva a cabo una actividad diferente de aquella para la cual se le ha concedido un permiso de residencia temporal o un visado;
 - vi) Ha contraído matrimonio con la intención de adquirir el permiso de residencia;
- b) Durante un período máximo de cinco años, pero no inferior a un año si:
 - i) El extranjero entra o permanece ilegalmente en el territorio de Eslovaquia;
 - ii) El extranjero se niega a probar su identidad de forma fidedigna;
 - iii) El extranjero que permanece en el territorio de Eslovaquia sobre la base de un acuerdo internacional o de una decisión del Gobierno de ese país lleva a cabo actividades contrarias al acuerdo internacional o a la decisión del Gobierno de Eslovaquia;
 - iv) El extranjero, en el transcurso de algún procedimiento seguido conforme a esa Ley, suministra a sabiendas información falsa, incompleta o engañosa o presenta documentos falsos o alterados;
 - v) Se determina que los motivos por los que se concedió el permiso de residencia temporal al extranjero han dejado de existir y el extranjero no lo ha notificado al departamento de policía;
 - vi) El extranjero obstaculiza la ejecución de una decisión de alguna autoridad estatal; o
 - vii) El extranjero comete una infracción grave o infringe de forma reiterada la normativa legal aplicable.

2. Si, además de lo anterior, el departamento de policía llega a la conclusión de que los actos del extranjero ponen en peligro gravemente la seguridad del Estado, podrá decidir su expulsión administrativa, incluida la prohibición de entrada durante un período máximo de diez años. La duración de la prohibición de entrada se determina basándose en el principio de que si el departamento de policía comprueba la existencia de varios motivos para la expulsión administrativa del extranjero, la duración se fija aplicando la disposición más estricta.

ESTADOS UNIDOS

1. Las normas legislativas de los Estados Unidos en materia de expulsión de no ciudadanos figuran, con carácter general, en la Ley de inmigración y nacionalidad, codificada en el título 8 del Código de los Estados Unidos (USC). En el derecho de los Estados Unidos no se emplea el término «expulsión». El procedimiento previsto en la Ley de inmigración y nacionalidad se conoce como «alejamiento», y los motivos para proceder al alejamiento de no ciudadanos dependen de si han sido admitidos en los Estados Unidos. La «admisión» es la entrada lícita de un no ciudadano en los Estados Unidos tras la inspección y autorización de un funcionario de inmigración (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101 *a*) 13); 8 USC § 1101 *a*) 13)). Los no ciudadanos que lleguen a los Estados Unidos o que se encuentren en el territorio del país sin haber pasado por el procedimiento de admisión se consideran inadmisibles y pueden ser objeto de alejamiento. Los no ciudadanos que hayan sido admitidos, incluidos los residentes permanentes legales en los Estados Unidos, pueden ser objeto de alejamiento si concurre alguno de los motivos de «deportación».

2. Hay diez motivos generales de inadmisión, cada uno de ellos con varias subcategorías:

— Motivos relacionados con la salud, por ejemplo padecer enfermedades transmisibles (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 1); 8 USC § 1182 *a*) 1)).

— Motivos relacionados con conductas delictivas; por ejemplo, las personas condenadas por delitos de inmoralidad o relacionados con sustancias controladas (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 2); 8 USC § 1182 *a*) 2)).

— Seguridad nacional y motivos conexos; por ejemplo, los sospechosos de haber participado en actividades de espionaje o terrorismo o de pertenecer a organizaciones terroristas y las personas que hayan participado en actos de genocidio, tortura o ejecuciones extrajudiciales (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 3); 8 USC § 1182 *a*) 3)).

— No ciudadanos que puedan convertirse en una carga pública (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 4); 8 USC § 1182 *a*) 4)).

— No ciudadanos que busquen empleo en los Estados Unidos sin los certificados adecuados (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 5); 8 USC § 1182 *a*) 5)).

— No ciudadanos que no hayan respetado las normas de admisión; por ejemplo, quienes hayan entrado en los Estados Unidos sin permiso, hayan logrado o intentado lograr su admisión mediante fraude o hayan participado en el tráfico ilícito de no ciudadanos hacia los Estados Unidos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 6); 8 USC § 1182 *a*) 6)).

— No ciudadanos que carezcan de documentos de inmigración válidos para entrar o permanecer en los

Estados Unidos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 7); 8 USC § 1182 *a*) 7)).

— No ciudadanos que no cumplan de manera permanente los criterios para obtener la ciudadanía de los Estados Unidos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 8); 8 USC § 1182 *a*) 8)).

— No ciudadanos que hayan sido previamente objeto de alejamiento de los Estados Unidos o con períodos considerables de presencia no autorizada en el país (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 9); 8 USC § 1182 *a*) 9)).

— No ciudadanos que hayan participado o pretendan participar en determinadas actividades contrarias al interés público, como la poligamia, el secuestro internacional de niños y la renuncia a la ciudadanía de los Estados Unidos para evitar el pago de impuestos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 212 *a*) 10); 8 USC § 1182 *a*) 10)).

3. Hay seis motivos generales de deportación, que se superponen, en cierta medida, a los motivos de inadmisión:

— No ciudadanos que fueron admitidos pero que no cumplían los requisitos para ello en el momento de su admisión; por ejemplo, quienes lograron su admisión ocultando que no eran admisibles. También puede deportarse a los no ciudadanos cuando dejan de cumplir los requisitos para su admisión o participan en ciertas actividades ilegales, como el tráfico ilícito de personas hacia los Estados Unidos o el matrimonio fraudulento (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 *a*) 1); 8 USC § 1227 *a*) 1)).

— No ciudadanos condenados por determinados delitos tras su admisión, como delitos de inmoralidad, delitos relacionados con ciertas sustancias controladas, ciertos delitos especialmente atroces (definidos como «delitos graves» en la Ley de inmigración y nacionalidad, art. 101 *a*) 43); 8 USC § 1101 *a*) 43)) y delitos de violencia doméstica (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 *a*) 2); 8 USC § 1227 *a*) 2)).

— No ciudadanos que no hayan cumplido la obligación de registro, hayan falsificado documentos o hayan afirmado falsamente ser ciudadanos de los Estados Unidos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 *a*) 3); 8 USC § 1227 *a*) 3)).

— No ciudadanos que supongan una amenaza para la seguridad u otros intereses de los Estados Unidos, por ejemplo quienes hayan participado en actividades de espionaje o terrorismo, aquellas personas cuya presencia o actividades se consideren potencialmente negativas para la política exterior de los Estados Unidos, o quienes hayan participado en la persecución nazi o en la comisión de actos de genocidio, tortura o ejecución extrajudicial (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 *a*) 4); 8 USC § 1227 *a*) 4)).

— Ciertos no ciudadanos que se hayan convertido en una carga pública en los cinco años siguientes a su entrada

en los Estados Unidos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 a) 5); 8 USC § 1227 a) 5)).

— No ciudadanos que hayan votado en cualquier elección política en los Estados Unidos sin estar autorizados para ello (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 237 a) 6); 8 USC § 1227 a) 6)).

4. Los no ciudadanos que pueden ser objeto de medidas de «alejamiento» de los Estados Unidos (es decir, los inadmisibles o deportables) pueden disfrutar de determinadas exenciones, beneficios en materia de inmigración y formas de protección de la inmigración por razones humanitarias que pueden impedir su alejamiento o suspenderlo. Estas formas de exención son muy variadas y pueden exigir que el no ciudadano acredite cierto período de presencia física en los Estados Unidos, la existencia de empleadores que lo patrocinen o de familiares que estén presentes de manera legal en el país, su rehabilitación tras una condena penal o la probabilidad de ser perseguido o sometido a torturas si es deportado a determinado país.

FINLANDIA

1. El artículo 149 de la Ley de extranjería (N.º 301/2004) establece que se podrá deportar al extranjero que ha residido en Finlandia con un permiso de residencia si:

1. reside en Finlandia sin el permiso de residencia necesario;
2. se lo ha condenado por un delito penado con prisión de un año o más, o si es reincidente en la comisión de delitos;
3. si, en el curso de sus actividades ha demostrado que puede poner en peligro la seguridad de los demás; o
4. si, sobre la base de sus actividades anteriores y por otras razones, hubiera fundamentos para sospechar que realiza o podría realizar actividades que pongan en peligro la seguridad nacional de Finlandia o sus relaciones con un Estado extranjero.

2. Únicamente se podrá deportar al extranjero a quien se hubiera expedido un permiso de residencia a largo plazo de la CE si constituye una amenaza inmediata y suficientemente grave al orden o la seguridad públicos.

3. Se podrá deportar a un refugiado en los casos a que se hace referencia en los párrafos 2 a 4 del artículo 149. No se podrá deportar a un refugiado a su país de origen o país de residencia permanente si todavía necesitara protección internacional respecto de ellos. Sólo se podrá deportar a un refugiado a un Estado que acepte admitirlo.

4. Al considerar la deportación, se deberán tener en cuenta los hechos sobre los que se basa la decisión y los hechos y circunstancias que de otra manera afecten la situación en su conjunto. Al examinar el caso se deberá prestar particular atención al interés superior de los menores y a la protección de la vida familiar. También habrá que examinar la duración y el propósito de la residencia del extranjero en Finlandia, la naturaleza del permiso de residencia que se le hubiera expedido, los vínculos del extranjero con Finlandia y los vínculos sociales y culturales con el país de origen de su familia. Si el fundamento de la deportación fuera la actividad delictiva del extranjero, se deberán tener en cuenta la gravedad del acto y el detrimento, daño o peligro causado a la seguridad pública o privada.

ITALIA

Reglamentación de la expulsión de extranjeros del territorio nacional en el Texto único de las disposiciones de inmigración y normas de extranjería

1. La legislación penal italiana prevé dos tipos de expulsión: administrativa y judicial.

2. La expulsión administrativa puede ser ordenada por el Ministro del Interior o por el jefe de policía por las razones siguientes:

- a) Orden público o de seguridad del Estado;
- b) Violación de las normas que regulan la entrada al territorio nacional y la residencia en el territorio nacional;
- c) Peligro social planteado por la persona, determinado por parámetros jurídicos específicos (art. 13, párrs. 1 y 2);
- d) Necesidad de prevenir el terrorismo interno e internacional (Ley N.º 55/2005, art. 2).

3. Además, se prevé un regreso «diferido» a la frontera para los extranjeros que, tras entrar al territorio del Estado eludiendo los controles fronterizos, son detenidos a la entrada o inmediatamente después, y para los extranjeros que, sin haber satisfecho los requisitos de entrada a Italia, son admitidos temporalmente en el territorio por necesidades de socorro público (art. 10, párr. 2). El jefe de policía ejecuta la expulsión escoltando a la persona hasta la frontera con la fuerza pública. Sólo cuando el permiso de residencia del extranjero tuviera más de 60 días de vencido y no se hubiera solicitado su renovación, la expulsión incluirá la intimación de que se deberá abandonar el territorio del Estado en el plazo de 15 días (art. 13, párrs. 4 y 5).

4. El acompañamiento a la frontera del extranjero por el jefe de policía debe ser aprobado por las autoridades judiciales y la ejecución se suspenderá hasta que se conceda la autorización. Contra la decisión que autoriza la expulsión se puede interponer recurso de casación (art. 13, párr. 5 bis).

5. Cuando con fundamento en la entrada o residencia ilegales se decida la expulsión de un extranjero que ha ejercido su derecho a la reunificación de la familia, o de un familiar que ha sido reunificado, también se deben tener en cuenta la naturaleza y la efectividad de los vínculos familiares, la duración de la residencia y la existencia de vínculos familiares, culturales o sociales con el país de origen (art. 13, párr. 2 bis).

6. La expulsión judicial es ordenada por un magistrado y se aplica en el marco siguiente:

a) Como sustituto de la multa por el delito de entrada y residencia ilegales en el territorio (art. 10 bis del Texto único y art. 62 bis del decreto legislativo N.º 274/2000, introducido por el artículo 1, párrs. 16 y 17 d) de la Ley N.º 94/2009);

b) Como pena sustitutiva o alternativa de la detención (art. 16 del Texto único);

c) Como medida de seguridad impuesta en la condena y ejecutada después del cumplimiento de la pena, sobre la base de la certificación del peligro que representa la persona (art. 15 del Texto único, arts. 235 y 312 del Código Penal y art. 86 del Texto único, sobre estupefacientes).

7. En ningún caso se dispondrá la expulsión o el retorno a un Estado en donde el extranjero pueda ser objeto de persecución por motivos de raza, sexo, idioma, nacionalidad, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales, o corra el riesgo de ser reenviado a otro Estado en donde no esté protegido contra la persecución (art. 19.1 del Texto único).

8. También se prohíbe la expulsión, a menos que existan razones de política y seguridad públicas, en los casos siguientes:

a) Extranjeros menores de 18 años, a menos que ejerzan su derecho a seguir al progenitor o guardián expulsado;

b) Extranjeros titulares de tarjeta de residencia, con excepción de los casos de expulsión previstos en las leyes sobre titulares de tarjetas de residencia;

c) Extranjeros que viven con familiares de segundo grado o con cónyuge de nacionalidad italiana;

d) Mujeres embarazadas o que hubieran dado a luz a un hijo dependiente en los últimos seis meses (art. 19, párr. 2 del Texto único) y el esposo con quien conviven (fallo de la Corte Constitucional N.º 376/2000).

KUWAIT

1. El proceso de expulsión de extranjeros o de devolverlos a sus países de origen presupone necesariamente la existencia de una ley penal que incluya la autorización de expulsar como sanción accesoria. La imposición y ejecución del mandamiento de expulsión son formas razonables de protección jurídica nacional que se basan en normas jurídicas bien establecidas. Las directrices para ese tipo de mandamiento se pueden encontrar en las disposiciones del artículo 66 del Código Penal de Kuwait, Ley N.º 16 de 1960, que determina que entre las penas complementarias o accesorias establecidas en el Código se incluye la expulsión del país de los extranjeros.

2. El artículo 79 del Código Penal también incluye disposiciones que rigen los procedimientos aplicables al mandamiento de expulsión, a saber, que además de la pena de prisión impuesta al extranjero, el juez puede ordenar la expulsión de Kuwait una vez que se haya cumplido la pena. Esa disposición no afecta el derecho de las autoridades administrativas de expulsar a un extranjero de conformidad con la ley.

3. Cuando un extranjero ha sido condenado a pena de privación de libertad por un delito que constituya una ofensa contra el honor o abuso de confianza, y el juez ha ordenado la expulsión de Kuwait una vez cumplida la condena, llegado ese momento el fiscal deberá notificar la decisión judicial a las autoridades administrativas encargadas de la ejecución.

4. Cabe señalar que la ley determina la manera en que se debe notificar al extranjero. El Código de Procedimiento Penal y Actuaciones Judiciales (Decreto N.º 60/17, art. 179) establece que a todo acusado y procesado se le debe notificar oficialmente todo fallo que se dicte a su respecto. Dicha notificación es gratuita, y se entregará al acusado o procesado una copia en persona, y se le anunciará oficialmente.

5. No cabe duda de que la expulsión es una pena complementaria o accesoria que inevitablemente presupone una condena principal: la expulsión penal es sólo un medio por el cual se puede expulsar a un extranjero, en particular cuando el delito afecta el honor o entraña abuso de confianza, y en tal caso el extranjero será expulsado no bien se cumpla la condena principal.

6. La expulsión penal no es el único medio por el cual se puede expulsar a un extranjero. En el artículo 79 del Decreto N.º 70/16, la legislación otorga a la autoridad administrativa competente el derecho de expulsar extranjeros cuando así lo permitan las disposiciones de la ley. Esa expulsión se conoce como expulsión administrativa. La ley que rige la residencia de extranjeros (Decreto N.º 59/17) establece en su artículo 20 que el extranjero deberá salir de Kuwait cuando así lo ordene el jefe de policía y seguridad pública y si no ha obtenido un permiso de residencia o ese permiso ha vencido. Podrá regresar a Kuwait si reúne los requisitos de entrada establecidos en la ley.

7. Para brindar mayor flexibilidad, la norma que rige la residencia de extranjeros (Decreto N.º 59/17), en su artículo 24 *bis* ofrece a los extranjeros que infrinjan las disposiciones sobre residencia un mecanismo que les permite, después de pagada la multa correspondiente, llegar a un acuerdo para su permanencia en el país.

LITUANIA¹

1. El procedimiento de entrada y salida, presencia y residencia de extranjeros, así como el procedimiento de apelación contra las decisiones relativas al estatuto jurídico de los extranjeros y demás cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico de los extranjeros en Lituania se rige por la Ley sobre el estatuto jurídico de los extranjeros, promulgada el 29 de abril de 2004.

2. La Ley establece lo siguiente:

Obligación de salir de Lituania: decisión adoptada de la manera prevista por la Ley que obliga a un extranjero a salir voluntariamente dentro de un plazo determinado del territorio de Lituania;

¹ La información siguiente fue suministrada por el Ministerio del Interior de la República de Lituania y se basa en la versión actual de la Ley de la República de Lituania sobre el estatuto jurídico de los extranjeros (*Boletín Oficial*, 2004, 73-2539). Es importante señalar que actualmente se está preparando un proyecto de ley de enmienda, a fin de poner en práctica las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 348/98, 24.12.2008).

Devolución a un país extranjero: traslado de un extranjero a su país de origen o a un país extranjero al cual tiene el derecho de entrar, de conformidad con una decisión convenida con ese país con arreglo al procedimiento establecido en la legislación;

Expulsión de Lituania: traslado o remoción obligatorio de un extranjero del territorio del país con arreglo al procedimiento establecido en la legislación.

Se expulsará de Lituania a un extranjero si:

a) No ha cumplido la obligación de salir de Lituania en el plazo establecido;

b) El extranjero ha entrado en Lituania, o permanece en ella, ilegalmente;

c) La estadía del extranjero en Lituania constituye una amenaza a la seguridad pública o a la política pública;

d) Se ha adoptado la decisión de expulsar al extranjero a otro Estado con sujeción a lo dispuesto en la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países².

3. Las disposiciones mencionadas precedentemente no se aplican a los extranjeros a quienes se podría devolver al país de origen o a un país extranjero, ni a los solicitantes de asilo. Sólo se devolverá a un menor extranjero no acompañado cuando se hayan tenido debidamente en cuenta sus necesidades, edad e independencia en el Estado extranjero al cual se lo devuelve. Si no se pudiera devolver a un menor extranjero no acompañado al país de origen o a otro país, se le debe otorgar el derecho a residir en Lituania de conformidad con lo establecido en la ley. Al examinar la cuestión de la devolución de un extranjero, se deberá cooperar con los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales con arreglo a los tratados internacionales aplicables.

4. La decisión relativa a expulsar a un extranjero de Lituania cuando éste no haya cumplido la obligación de salir del país en el plazo establecido, o al extranjero que haya entrado o permanezca en la República de Lituania ilegalmente, así como la decisión relativa a la posibilidad de ejecutar la decisión de expulsar al extranjero a otro Estado con sujeción a las disposiciones de la arriba mencionada Directiva 2001/40/CE, será adoptada por el Departamento de Migración, que depende del Ministerio del Interior de Lituania.

5. La decisión relativa a expulsar a un extranjero de Lituania cuando su estadía en el país constituya una amenaza a la seguridad pública o a la política pública será adoptada por el Tribunal Administrativo Regional de Vilna.

6. La ejecución de las decisiones relativas a la expulsión de un extranjero de Lituania está a cargo del Servicio de Guardia Fronteriza, que depende del Ministerio Interior de Lituania, o de la policía.

7. Al considerarse la decisión de expulsar a un extranjero de Lituania, se deberán tener en cuenta las circunstancias siguientes:

a) La duración de su estadía legal en Lituania;

b) Sus relaciones familiares con residentes en Lituania;

c) Sus vínculos sociales, económicos y de otro tipo en Lituania; y

d) El tipo y la gravedad de la violación de la ley que se hubiera cometido.

8. Se suspenderá la ejecución de la decisión de expulsar a un extranjero de Lituania si:

a) La decisión de expulsar a un extranjero de Lituania es apelada judicialmente, salvo cuando se deba expulsar al extranjero en razón de la amenaza que constituye para la seguridad del Estado o a la política pública;

b) El Estado extranjero al cual se debe expulsar a un extranjero se niega a aceptarlo;

c) El extranjero necesita asistencia médica inmediata, necesidad que se confirmará mediante consulta a un grupo o institución de atención de la salud;

d) No se puede expulsar al extranjero por razones objetivas (el extranjero no tiene en su poder un documento de viaje válido, no es posible conseguir pasajes, etc.).

9. Si se suspende la expulsión del extranjero de Lituania por las razones mencionadas en los apartados b) a d) del párrafo anterior y esas circunstancias no desaparecen en el plazo de un año desde la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsar al extranjero de Lituania, se expedirá al extranjero un permiso de estadía temporal.

10. Está prohibido expulsar o devolver a un extranjero a un país en el cual su vida o libertad estén amenazados o en donde puede estar sujeto a persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social, o a un país desde donde más tarde pueda ser expulsado a otro en donde pueda correr esos riesgos (esta disposición no se aplica al extranjero que, por razones graves, constituya una amenaza a la seguridad de Lituania o ha sido condenado mediante fallo judicial definitivo por la comisión de un delito grave o particularmente grave y constituya una amenaza al público).

11. No se expulsará de Lituania a un extranjero ni se lo devolverá a un país extranjero si:

a) Hay motivos graves para considerar que en ese país el extranjero será sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes o a sanciones;

b) Con arreglo al procedimiento establecido por el Gobierno, se le ha otorgado un período de gracia durante la cual, como víctima actual o anterior de un delito conexo a la trata de personas, debe adoptar una decisión respecto de cooperar con las entidades encargadas de la instrucción penal o con los tribunales.

² Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 149, 2 de junio de 2001, pág. 34.

MALASIA

1. En Malasia, la Ley de destierro, de 1959 [Ley N.º 79] (revisada en 1972), regula el destierro y la expulsión de Malasia de los no ciudadanos. Según el artículo 5 de la Ley N.º 79, cuando el Ministro llegue a la conclusión, sobre la base de una investigación o de información escrita en tal sentido, de que el destierro de Malasia de un no ciudadano o de una persona exenta sería beneficioso para el país, podrá adoptar una orden de destierro de esas personas, de por vida o por el período que se especifique en la orden. Además, según el artículo 8, en lugar de dictar un mandamiento de detención e internamiento o de destierro, el Ministro podrá, si lo considera adecuado, emitir una orden por la que se obligue a toda persona de la que tenga constancia que no es un ciudadano ni una persona exenta a abandonar Malasia en el plazo de 14 días desde la fecha en que se le entregue copia de la orden con arreglo al párrafo 4 del artículo.

2. Se entiende por «persona exenta» toda persona exenta de la aplicación de los artículos 5 y 8 de la Ley N.º 79 en virtud de una orden adoptada con arreglo al artículo 12 de esa Ley. Según el artículo 12, el Ministro podrá, mediante orden, decidir que una persona determinada o una categoría específica de personas quede exenta, de manera incondicional o con arreglo a las condiciones que imponga, de la aplicación de los artículos 5 y 8.

3. Un motivo más habitual de expulsión de los extranjeros de Malasia está contemplado en la Ley de inmigración N.º 1959/63 (Ley N.º 155). Los extranjeros que infrinjan la Ley N.º 155 pueden ser expulsados de Malasia conforme a lo dispuesto en la parte V de esa Ley cuando el Director General de Inmigración prohíba la entrada a esas personas, en el caso de que se trate de inmigrantes prohibidos, y ordene la expulsión de esas personas de Malasia en el supuesto de que los extranjeros sean inmigrantes ilegales o residan ilegalmente en este país (artículos 31 a 33 de la Ley N.º 155). La definición de inmigrante prohibido figura en el artículo 8 de la Ley N.º 155.

4. Conforme al artículo 31 de la Ley N.º 155, si se determina, durante el examen de cualquier persona que llegue a Malasia o tras las investigaciones que sean necesarias, que esa persona es un inmigrante prohibido, el Director General podrá prohibir su desembarco, con arreglo a los reglamentos aprobados en virtud de dicha Ley, o podrá, a su discreción, ordenar su internamiento en un centro de inmigrantes o en otro lugar que designe hasta que se presente la oportunidad de devolverla al lugar en que inició su viaje o a su país de nacimiento o de ciudadanía.

5. Por su parte, el artículo 32 de la Ley N.º 155 permite que cualquier persona que no sea ciudadana de Malasia que sea condenada por una infracción de los artículos 5, 6, 8 o 9 sea expulsada de ese país por orden del Director General. El artículo 5 de la Ley N.º 155 establece que el Ministro, mediante notificación en el *Boletín Oficial*, podrá determinar rutas aprobadas y declarar a su entera discreción qué puestos de control de inmigración, lugares de desembarco, aeropuertos o puntos de entrada son considerados puestos de control de inmigración y lugares de

desembarco, aeropuertos o puntos de entrada autorizados, según corresponda, y nadie entrará en Malasia ni saldrá de este país por un sitio que no sea un lugar de aterrizaje, aeropuerto o punto de entrada autorizado, salvo por causa de accidente u otro motivo razonable.

6. Conforme al artículo 6 de la Ley N.º 155, toda persona que no sea nacional de Malasia solamente podrá entrar en ese país si se cumplen las siguientes condiciones: cuenta con un permiso de entrada válido expedido legalmente con arreglo al artículo 10; su nombre figura en un permiso de entrada válido según el artículo 12 y va acompañado por el titular del permiso; posee una autorización válida para entrar en Malasia expedida legalmente; o está exento de la aplicación de este artículo en virtud de lo dispuesto en una orden dictada conforme al artículo 55 (facultad del Ministro de conceder exenciones).

7. Según el artículo 9, el Director General dispone de facultades discrecionales absolutas para anular cualquier autorización o permiso en cualquier momento, mediante escrito firmado de su puño y letra, si llega a la conclusión de que la presencia en Malasia del titular de un permiso es, o podría llegar a ser, perjudicial para el orden público, la seguridad pública, la salud pública o la moral en Malasia.

8. Por su parte, el artículo 33 de la Ley N.º 155 permite la expulsión, por medio de una orden del Director General, de cualquier persona cuya presencia sea ilegal en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 15 o 60 de la Ley.

9. Asimismo, el artículo 15 de la Ley establece que ninguna persona podrá permanecer en Malasia tras la anulación de su permiso o certificado, tras realizar una declaración, tras la expiración del período de vigencia de cualquier autorización que le concierna o se le haya concedido, o tras habersele notificado, en la forma prescrita, la anulación, con arreglo a los reglamentos aprobados en virtud de dicha Ley, de cualquier autorización que le concierna o se le haya concedido, a menos que se le autorice por otra vía a permanecer en Malasia al amparo de esa Ley. El artículo 60 es una cláusula de salvaguardia con respecto a las leyes de inmigración derogadas por la Ley N.º 155.

MALTA¹

1. En la legislación de Malta sobre inmigración no se habla de «expulsión», sino de «alejamiento» y «deportación». Se trata de casos distintos. El primero es resultado de una orden de alejamiento dictada por el Oficial Principal de Inmigración, mientras que el segundo se produce a raíz de una orden de deportación dictada por el ministerio encargado de la inmigración.

2. Las órdenes de alejamiento se dictan respecto de los inmigrantes prohibidos, de conformidad con los artículos 5 y 14 del capítulo 217 de la Legislación de Malta. Las órdenes de deportación se adoptan de conformidad con el artículo 22 de esa misma Legislación.

¹ La legislación pertinente adjuntada a las observaciones se puede consultar en la Secretaría de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

MÉXICO

1. El artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

2. La Ley General de Población, la cual tiene por objeto regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social, regula, conforme a los lineamientos marcados por la Constitución, el proceso de expulsión de extranjeros. Así, en su artículo 125 prevé que un extranjero será expulsado si realiza cualquiera de las siguientes conductas:

a) Auxilie, encubra o aconseje a cualquier individuo violar las disposiciones previstas en la ley;

b) Presente documentos migratorios con firma falsa o distinta a la que usualmente utiliza;

c) No abandone el territorio nacional dentro del plazo que se le fijó, por haber sido cancelada su calidad migratoria;

d) Habiendo sido expulsado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión;

e) No exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación;

f) Habiendo obtenido legalmente autorización para internarse al país, por incumplimiento o violación de las disposiciones administrativas o legales a las que se condicionó su estancia se encuentre ilegalmente en el mismo;

g) Realice actividades para las cuales no esté autorizado conforme a esta Ley o al permiso de internación que se le haya otorgado;

h) Dolosamente haga uso o se ostente como poseedor de una calidad migratoria distinta de la que se le haya otorgado;

i) Se interne al país sin la documentación requerida;

j) A quien, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.

NORUEGA

1. El régimen jurídico aplicable a la expulsión de extranjeros está constituido por la Ley de 15 de mayo de 2008 de entrada de ciudadanos extranjeros en el Reino de Noruega y estancia en su territorio (Ley de inmigración) y el Reglamento de 15 de octubre de 2009 relativo al acceso

de ciudadanos extranjeros al país y su estancia en su territorio (Reglamento de inmigración).

2. Los extranjeros solamente podrán ser expulsados del territorio noruego como consecuencia de una decisión adoptada de conformidad con lo dispuesto en la Ley de inmigración¹. Conforme a esta Ley (arts. 66 a 68), se puede expulsar a un extranjero si:

a) Ha cometido un delito en Noruega o en el extranjero (los extranjeros que tengan permiso de residencia permanente solamente pueden ser expulsados por delitos graves);

b) Ha cometido un acto terrorista o ha dado refugio a cualquier persona a sabiendas de que ésta ha cometido ese delito;

c) Lo exigen los intereses nacionales fundamentales (amenazas contra intereses noruegos o extranjeros o contra los intereses noruegos en el extranjero).

3. Los extranjeros que no tengan permiso de residencia también podrán ser expulsados si:

a) Han violado de forma manifiesta o reiterada las disposiciones de la Ley de inmigración, por ejemplo, permaneciendo o trabajando ilegalmente en Noruega o suministrando información incorrecta a las autoridades de inmigración (por ejemplo, manifestando una identidad incorrecta, ocultando que tienen otra identidad en otro país, etc.);

b) No cumplen una decisión que les obligue a marcharse de Noruega;

c) Son expulsados de otro Estado parte del Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen).

4. Conforme al artículo 70, los extranjeros no podrán ser expulsados si ello constituyera una medida desproporcionada con respecto a aquellos o a sus familias, teniendo en cuenta, por un lado, su relación con el país y, por otro lado, la gravedad del delito de que se trate. En los casos relacionados con los menores, la consideración que prevalecerá será la del interés fundamental de éstos.

5. Conforme al artículo 69, no podrán ser expulsados los extranjeros que hayan nacido en Noruega y posteriormente hayan fijado su residencia permanente en ese país. Los ciudadanos de los países miembros del EEE (ciudadanos de los países de la UE y la Asociación Europea de Libre Comercio) han ampliado la protección frente a la expulsión de acuerdo con la legislación aplicable de la UE (véase la Ley de inmigración, arts. 122 y 123).

¹ El proyecto de ley puede consultarse en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

NUEVA ZELANDIA

La Ley de inmigración de 1987 permite la expulsión de extranjeros mediante la deportación, la revocación del permiso de residencia, en virtud de la cual una persona pasa a encontrarse en situación irregular, y la expulsión de personas que se encuentren ilegalmente en Nueva Zelanda y con respecto a las cuales se dicte una orden de expulsión. Los motivos para adoptar estas medidas y los artículos de la Ley aplicables en este sentido son los siguientes:

Deportación

a) Deportación de personas que suponen una amenaza para la seguridad nacional (por medio de un decreto del Consejo) conforme a los artículos 72 y 73 de la Ley;

b) Deportación de delincuentes (deportación de titulares de un permiso de residencia tras una condena penal) conforme al artículo 91 de la Ley;

c) Deportación de personas exentas (de la obligación de tener un permiso con arreglo a la Ley) tras una condena penal, conforme al artículo 92 de la Ley.

Revocación

d) Revocación del permiso de residencia por parte de un funcionario de inmigración conforme al artículo 19 de la Ley;

e) Revocación del permiso de residencia por parte del Ministro de Inmigración conforme al artículo 20 de la Ley, solamente por las siguientes causas:

i) Permiso concedido como consecuencia de un error administrativo (art. 20.1.a));

ii) Permiso obtenido mediante fraude, falsificación, información falsa o engañosa u ocultación de información con el propósito de engañar (art. 20.1.b));

iii) Permiso concedido a una persona que tenía un visado u otro permiso obtenido mediante fraude, falsificación, información falsa o engañosa u ocultación de información con el propósito de engañar (art. 20.1.c));

iv) Permiso concedido a una persona a la que ya no se le reconoce la condición de refugiado en Nueva Zelanda y previamente se le había reconocido como tal mediante fraude, falsificación, información falsa o engañosa u ocultación de información con el propósito de engañar (art. 20.1.c) bis));

v) Incumplimiento de los requisitos exigidos al titular del permiso (art. 20.1.d)).

Expulsión de las personas que se encuentran ilegalmente en Nueva Zelanda

f) Las personas que se encuentran ilegalmente en Nueva Zelanda pueden ser detenidas e internadas hasta ser expulsadas del país (mediante una orden de expulsión conforme al artículo 53 de la Ley);

g) Una persona puede ser internada hasta que sea expulsada de Nueva Zelanda (conforme al artículo 128) si se cumplen las siguientes condiciones:

i) Se le ha denegado un permiso;

ii) No está exenta de la obligación de contar con un permiso conforme a la Ley;

iii) No solicita el permiso de la forma estipulada;

iv) Es un polizón;

v) Le ha sido revocado el permiso provisional concedido en el extranjero antes de su entrada al país.

PERÚ

1. Los extranjeros que infringen la Ley de extranjería son pasibles de sanción, siendo la medida más drástica la expulsión del territorio nacional. A continuación se detalla la base normativa.

2. El Decreto Legislativo 703 señala como causales:

Artículo 64

La expulsión del país procederá:

1. Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional;

2. Por mandato de la autoridad judicial competente;

3. A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia o residencia y no haya abandonado el territorio nacional.

3. El Decreto Legislativo 635, que aprueba el Código Penal de 3 de abril de 1991, dice en su parte pertinente:

Artículo 30

Las penas restrictivas de libertad son:

1. Expatriación (derogado por ley);

2. La expulsión del país tratándose de extranjeros.

Artículo 303

El extranjero que haya cumplido la condena impuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso.

PORTUGAL

1. Las disposiciones legales generales aplicables a la expulsión de extranjeros están contenidas en la Ley N.º 23/2007 de 4 de julio, desarrollada por el Decreto Reglamentario N.º 84/2007 de 5 de noviembre. La Ley establece el marco jurídico aplicable a la entrada, estancia, salida y expulsión de los ciudadanos extranjeros del territorio nacional.

2. Es importante tener en cuenta que la Ley N.º 23/2007 no se aplica a:

a) Los nacionales de los Estados miembros de la UE, de los Estados integrantes del EEE o de un tercer Estado con el que la UE haya celebrado un acuerdo de libre circulación de personas;

b) Los nacionales de un tercer Estado que residan en el territorio nacional bajo la condición de refugiados que

se beneficien de la protección adicional otorgada por las disposiciones sobre asilo o de una protección temporal;

c) Los nacionales de un tercer Estado que sean familiares de un portugués o de un ciudadano extranjero contemplado en los apartados anteriores.

3. En el contexto de este marco jurídico, el capítulo VIII de la Ley N.º 23/2007 regula específicamente las cuestiones relacionadas con la expulsión.

4. El artículo 134 aporta información sobre los motivos de expulsión. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las convenciones internacionales que sean de aplicación a Portugal, se expulsará del país a un extranjero cuando:

a) Entre o permanezca ilegalmente en el territorio portugués;

b) Atente contra la seguridad nacional o el orden público;

c) Su presencia o sus actividades en el país constituyan una amenaza para los intereses o la dignidad del Estado portugués o de sus nacionales;

d) Interfiera de forma indebida en el ejercicio de los derechos de participación política reservados a los ciudadanos portugueses;

e) Haya cometido actos que, de haber sido conocidos por las autoridades portuguesas, le habrían impedido su entrada en el país;

f) Existen motivos fundados para creer que ha cometido delitos graves o pretende perpetrarlos, especialmente dentro del territorio de la UE.

5. No obstante, se podrán aplicar las siguientes excepciones a las normas indicadas:

Conforme al artículo 135, los ciudadanos extranjeros no pueden ser expulsados del país si:

a) Han nacido en territorio portugués y residen en él;

b) Tienen efectivamente a su cargo a hijos menores de nacionalidad portuguesa que residen en Portugal;

c) Tienen hijos menores, nacionales de un tercer Estado y que residen en territorio portugués, y sobre los que ejercen efectivamente la patria potestad y a quienes aseguran el sustento y la educación;

d) Se encuentran en Portugal desde que tenían diez años o menos y residen en ese país.

6. Asimismo, el artículo 136, párr. 1, otorga una protección más amplia a los extranjeros que tengan la condición de residentes de larga duración en Portugal al establecer que una decisión sobre la expulsión judicial de un residente de larga duración solamente puede basarse en el hecho de que represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública y en ningún caso debe basarse en razones económicas.

7. En particular, cuando la expulsión judicial se aplique como pena accesoria, se debería considerar que las condiciones que deben cumplirse para su ejecución dependen en primer lugar del hecho de que el extranjero resida o no habitualmente en Portugal, así como de que sea o no residente permanente.

8. Los extranjeros que no residan habitualmente en Portugal pueden ser expulsados si han sido condenados por un delito doloso que suponga pena de prisión de más de seis meses o una multa como alternativa a la prisión por un período superior a seis meses. Es esencial tener en cuenta que debe haber motivos para imponer la pena accesoria y que esta sanción debe estar justificada y no tiene carácter *ope legis*.

9. Los ciudadanos que residan habitualmente en Portugal pueden ser expulsados si han sido condenados por un delito doloso que suponga pena de prisión de más de un año. El juez debe tomar en consideración la gravedad de los actos cometidos por el acusado, su carácter, la posibilidad de reincidencia, el grado de integración social, la prevención especial y la duración de la residencia en Portugal.

10. Los extranjeros que sean residentes de larga duración en Portugal disfrutan de una mayor protección en las condiciones anteriormente indicadas. Solamente podrán ser expulsados del país si existen pruebas de que constituyen una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

QATAR

1. La entrada y salida, la residencia y la invitación de los visitantes extranjeros están reguladas en la Ley N.º 4 de 2009, artículo 1. A continuación se ofrece una explicación de los términos «deportación» y «orden de abandonar el país»:

a) Deportación: todos los extranjeros que sean objeto de una orden de deportación deberán abandonar el país;

b) Orden de abandonar el país: todos los extranjeros que no hayan entrado legalmente en el país deberán abandonarlo.

2. La misma Ley, en su artículo 37, establece los motivos de deportación de extranjeros, incluido el hecho de que su presencia en el país constituya una amenaza para su seguridad interna o externa o dañe la economía nacional, la salud pública o el decoro público. Sin considerar lo dispuesto en ninguna otra ley, el Ministro dictará una orden de deportación de todo extranjero con respecto al cual se pruebe que su presencia en el país constituye una amenaza para su seguridad interna o externa o dañe la economía nacional, la salud pública o el decoro público.

3. En el supuesto de que un extranjero sea condenado por un delito o una falta a una pena de prisión, el tribunal podrá dictar una orden de deportación. El Código Penal, en su artículo 77, establece lo siguiente:

Sin perjuicio del derecho de los órganos administrativos competentes a deportar a cualquier extranjero de conformidad con lo dispuesto en

la ley, el tribunal podrá dictar una orden de deportación de los extranjeros que sean condenados por un delito o una falta a una pena de prisión, una vez que hayan cumplido la sentencia.

Si el delito por el cual se ha impuesto la pena de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior fuera contrario al honor o al decoro, el tribunal deberá dictar una orden de deportación una vez que la sentencia se haya cumplido o haya prescrito.

4. En virtud de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Penal, el tribunal podrá dictar una orden de deportación en lugar de la pena estipulada para el delito. Dicho artículo establece lo siguiente:

Con respecto a las faltas, el tribunal podrá dictar una orden de deportación en lugar de la pena estipulada para la infracción.

5. La deportación tiene carácter de pena accesoria y subordinada en los casos siguientes:

a) El Código Penal, en su artículo 65, párr. 7 (deportación), establece que la deportación será una pena accesoria y subordinada de las contempladas en los artículos 77 y 78 y podrá ser impuesta por un juez cuando la ley lo permita;

b) El artículo 28, párr. 4, de la Ley de control de los alimentos, N.º 8 de 1990, establece que si el delincuente es extranjero, podrá ser deportado del país una vez que haya cumplido todas las demás penas que se le hayan impuesto.

REPÚBLICA CHECA

1. Los extranjeros pueden ser expulsados de la República Checa por medio de una orden dictada por un tribunal tras una condena penal (expulsión por orden judicial) o una orden administrativa adoptada por la policía (expulsión administrativa).

2. La expulsión a raíz de una condena penal está regulada en el artículo 80 del Código penal (Ley N.º 40/2009). El tribunal puede ordenar la expulsión del autor de una infracción que no sea ciudadano checo, ya sea como sanción única o en combinación con otra sanción, si tal expulsión es necesaria para proteger la seguridad de personas o bienes u otros intereses generales. La expulsión puede ordenarse como sanción única si la naturaleza y gravedad del delito y la situación personal del autor no justifican la imposición de sanciones adicionales.

3. Se puede prohibir el reingreso al país del autor del delito por un período de 1 a 10 años o de manera indefinida, dependiendo de la naturaleza y gravedad del delito, las posibilidades de rehabilitación del reo y su situación personal, así como el peligro que represente para la seguridad de personas, bienes u otros intereses generales.

4. El tribunal no podrá ordenar la expulsión si:

- a) No puede determinarse la ciudadanía del reo;
- b) Se ha concedido asilo o protección adicional al reo con arreglo a otra legislación;
- c) El reo es titular de un permiso de residencia permanente, trabaja y tiene domicilio fijo en la República

Checa y su expulsión vulneraría el objetivo de reunificación familiar;

d) El reo corre peligro de ser perseguido en el Estado receptor en razón de su raza, origen étnico, nacionalidad, pertenencia a un grupo social, opiniones políticas o religión, o podría sufrir tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes a raíz de la expulsión;

e) El reo es ciudadano de la UE o familiar de un ciudadano de la UE, independientemente de su ciudadanía, con permiso de residencia permanente en la República Checa, o un extranjero al que se le ha concedido el estatus de residente de larga duración en la República Checa de conformidad con otra legislación, a menos que el tribunal considere que hay motivos fundados para creer que el reo podría poner en peligro la seguridad nacional o el orden público;

f) El reo es un ciudadano de la UE que ha residido de manera continua en la República Checa durante los diez últimos años, a menos que el tribunal considere que hay motivos fundados para creer que el reo podría poner en peligro la seguridad nacional; o

g) El reo es un niño y ciudadano de la UE, a menos que la expulsión redunde en beneficio del interés superior del niño.

5. La expulsión administrativa está regulada en el capítulo X de la Ley N.º 326/1999, sobre residencia de los extranjeros en el territorio de la República Checa, en su versión modificada.

6. Al recibir una orden administrativa de expulsión adoptada por la policía, el extranjero debe abandonar la República Checa en un plazo determinado y no podrá volver a entrar en el país durante el período fijado en la orden. En los artículos 119 y siguientes de la Ley de residencia de los extranjeros se enumeran los motivos para la expulsión administrativa, así como el período máximo durante el cual cabe prohibir el reingreso en el país de la persona expulsada (dentro de ese límite, la policía determina la duración de la expulsión caso por caso, dependiendo de la gravedad de las infracciones cometidas por el extranjero en la República Checa).

7. Una vez que la orden administrativa de expulsión es firme, la policía incluye al extranjero en la lista de *personae non gratae*. El extranjero que está a la espera de una expulsión administrativa permanece en libertad o es recluido en un centro de internamiento de extranjeros. Los motivos de la expulsión administrativa y su duración máxima varían según la situación de residencia del extranjero.

8. El extranjero titular de un permiso de residencia temporal puede ser objeto de una expulsión administrativa y puede prohibírsele el reingreso en el país:

- a) Por un período máximo de diez años:
 - i) Si hay riesgo fundado de que durante su estancia en la República Checa pueda poner en peligro la

seguridad nacional recurriendo al uso de la fuerza para alcanzar fines políticos, participando en actividades que puedan socavar los fundamentos de un Estado democrático o cuyo objetivo sea violar la integridad territorial, o por otros medios similares;

ii) Si hay riesgo fundado de que durante su estancia en la República Checa pueda perturbar gravemente el orden público o poner en peligro la salud pública en caso de que tenga una enfermedad grave; o

iii) Si ha vulnerado leyes y reglamentos de manera repetida y deliberada u obstaculizado la ejecución de órdenes judiciales o administrativas;

b) Por un período máximo de cinco años:

i) Si presenta, en un control realizado en la frontera o dentro del país sobre la situación de residencia de los extranjeros, documentos falsificados o documentos de otra persona como propios;

ii) Si presenta, en un control dentro del país sobre la situación de residencia de los extranjeros o en un control fronterizo realizado a la salida de la República Checa, un documento de viaje inválido por haber expirado su período de vigencia, por estar dañado hasta el punto de resultar ilegibles los datos que figuran en él, por estar desprendida, rota o haberse perdido alguna parte del documento o por contener datos incorrectos o modificaciones no autorizadas;

iii) Si está empleado en la República Checa sin disponer de un permiso de trabajo cuando tal permiso sea necesario para estar empleado, si ha realizado actividades lucrativas imponibles en la República Checa sin la licencia exigida por leyes y reglamentos especiales o si ha dado empleo a extranjeros sin permiso de trabajo o les ha conseguido empleo;

iv) Si ha actuado, real o presuntamente, en nombre de una entidad jurídica que haya dado empleo a extranjeros sin permiso de trabajo o les haya conseguido empleo;

v) Si no se somete a un control fronterizo cuando la policía se lo solicite;

vi) Si ha cruzado o intentado cruzar clandestinamente la frontera del Estado;

vii) Si ha cruzado la frontera del Estado por un punto que no es paso fronterizo; o

viii) Si no ha proporcionado pruebas fiables de que ha permanecido en el territorio de los Estados partes durante el período en que le está permitido permanecer temporalmente en ese territorio sin visado o con un visado de corta duración;

c) Por un período máximo de tres años:

i) Si ha permanecido en la República Checa sin documento de viaje sin estar autorizado para ello;

ii) Si ha permanecido en la República Checa sin visado o permiso de residencia válido sin estar autorizado para ello; o

iii) Si ha proporcionado información falsa en el transcurso de cualquier procedimiento incoado con arreglo a la Ley de residencia de los extranjeros con el fin de influir en las decisiones de una autoridad administrativa.

9. El extranjero titular de un permiso de residencia permanente puede ser objeto de una expulsión administrativa y puede prohibírsele el reingreso en el país (dependiendo de la gravedad de las infracciones):

a) Por un período máximo de diez años:

i) Si hay riesgo fundado de que durante su estancia en la República Checa pueda poner en peligro la seguridad nacional recurriendo al uso de la fuerza para alcanzar fines políticos, participando en actividades que puedan socavar los fundamentos de un Estado democrático o cuyo objetivo sea violar la integridad territorial, o por otros medios similares; o

ii) Si hay riesgo fundado de que durante su estancia en la República Checa pueda perturbar gravemente el orden público;

b) Por un período máximo de tres años, si no abandona la República Checa en el plazo fijado para ello tras serle retirado el permiso de residencia.

10. Los tratados internacionales en que es parte la República Checa (artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por el que se reconocen ciertos derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio) y la legislación nacional (artículo 118 de la Ley de residencia de los extranjeros) prohíben la expulsión administrativa colectiva (es decir, la expulsión de grupos de extranjeros mediante una única orden de expulsión). Cada caso se examina de manera individual, teniendo en cuenta la situación específica de la persona de que se trate.

REPÚBLICA DE COREA¹

1. Las medidas de expulsión son aplicables a las personas que no son nacionales de la República de Corea. El derecho del Estado a expulsar está sujeto a las limitaciones a la expulsión de residentes permanentes (estatus «F-5»), la protección de los derechos humanos y el respeto a las garantías procesales. El jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar, o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros, podrán deportar a personas que no sean nacionales de la República de Corea (denominados «extranjeros» en la legislación coreana) conforme a la Ley de control de la inmigración (art. 46).

¹ Se adjuntó el texto de varias disposiciones de la legislación nacional relativa a la expulsión de extranjeros, que se puede consultar en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

2. Con arreglo a la Ley, se define «deportación» como la expulsión de la República de Corea de extranjeros que hayan infringido la Ley de control de la inmigración.

3. Puede considerarse que «expulsión» en el proyecto de la Comisión y «deportación» en la Ley de control de la inmigración de la República de Corea de hecho tienen un significado idéntico en el sentido de que ambos términos se aplican a los extranjeros que residen legal o ilegalmente en el país y de que las medidas administrativas se ejecutan con independencia de la voluntad de los extranjeros.

4. Además de la deportación, los extranjeros pueden estar sujetos a una «recomendación de salida» o a una «orden de salida» conforme a la Ley de control de la inmigración:

a) *Recomendación de salida.* El jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar podrá recomendar que un extranjero que haya cometido una infracción leve de la Ley de control de la inmigración salga voluntariamente de la República de Corea (artículo 67 de la Ley de control de la inmigración).

b) *Orden de salida.* El jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar, o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros, podrán ordenar a cualquier extranjero que haya infringido la Ley de control de la inmigración que salga de la República de Corea, especificando el plazo para que el extranjero abandone voluntariamente el país (artículo 68 de la Ley de control de la inmigración).

Las medidas de expulsión son aplicables a las personas que no son nacionales de la República de Corea

5. La legislación relativa a la expulsión es aplicable a los extranjeros que no sean nacionales de la República de Corea (artículo 2 de la Constitución; artículo 46 de la Ley de control de la inmigración; Ley de nacionalidad).

a) *Doble nacionalidad*

6. No serán expulsados quienes sean considerados nacionales de la República de Corea. Los nacionales de la República de Corea que tengan al mismo tiempo la nacionalidad de la República de Corea y de un país extranjero por nacimiento o conforme a la Ley de nacionalidad y que no elijan la nacionalidad coreana o no renuncien a su nacionalidad original (distinta de la coreana) no son considerados nacionales de la República de Corea y no están exentos de ser expulsados (artículos 10 y 12 de la Ley de nacionalidad).

b) *Apátridas*

7. Ninguna disposición establece el régimen jurídico de los apátridas. Sin embargo, de algunas disposiciones se infiere que en la República de Corea los apátridas son considerados extranjeros y no están exentos de ser expulsados (artículo 8 del Reglamento de aplicación de la Ley de control de la inmigración; artículo 16 del Decreto de aplicación de la Ley de pasaportes).

8. En tanto que parte contratante en la Convención sobre el estatuto de los apátridas, la República de Corea no expulsará a apátrida alguno que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público (artículo 31 de la Convención).

c) *Refugiados*

9. Los refugiados son personas a las que se aplica la Convención sobre el estatuto de los refugiados conforme al artículo 1 del Acuerdo sobre Refugiados o el artículo 1 del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (artículo 2 de la Ley de control de la inmigración). En tanto que parte contratante en la Convención, la República de Corea no expulsará a refugiado alguno que se halle legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público y la expulsión del refugiado únicamente se efectuará en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes (artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados).

10. Además, la República de Corea no podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados).

Limitaciones del derecho de expulsión

Limitaciones de la expulsión de los residentes permanentes (estatus «F-5»)

11. Los extranjeros que tengan un permiso de estancia que les permita residir de forma permanente en la República de Corea (estatus «F-5» conforme a la Ley de control de la inmigración) no serán deportados del país. Sin embargo, existen excepciones para quienes hayan cometido actos de insurrección, agresión extranjera u otras infracciones de las disposiciones aplicables de la Ley Penal (artículo 46, párr. 2, de la Ley de control de la inmigración).

12. En 1972, el Tribunal Supremo decidió que era ilegal la expulsión de la República de Corea de un integrante de la diáspora china, al que se expulsaba del país por haber sido acusado de infringir la Ley anticomunista en la década de 1970, porque se había excedido el margen de discrecionalidad de que dispone el Gobierno para tomar esta decisión, debido a que esa persona había nacido en la República de Corea y hasta entonces había trabajado en ese país.

RUMANIA

1. La legislación rumana contempla tres supuestos en que puede ordenarse el alejamiento de un extranjero del territorio.

2. En primer lugar, en el caso de un extranjero que comete un delito (un acto de carácter penal), el juez que declara su culpabilidad y le impone la condena puede ordenar su expulsión del territorio nacional si considera que su presencia constituye una amenaza para los valores protegidos por el derecho penal.

3. En segundo lugar, en los casos de entrada ilegal o residencia ilegal en el territorio nacional (debido a la revocación o anulación del permiso de residencia, la expiración del permiso de residencia permanente o la desestimación de la solicitud de asilo), el extranjero en situación irregular podrá ser devuelto. Se trata de una medida administrativa que se aplica al no existir un derecho de residencia en territorio rumano.

4. En los casos excepcionales en que esté en juego la seguridad nacional, un tribunal nacional podrá declarar a un extranjero *persona non grata*, aunque su situación en territorio rumano sea regular (el Tribunal de Apelación de Bucarest es el único órgano competente para hacer tal declaración), cuando el extranjero en cuestión haya participado, esté participando en el momento en que se adopte la medida o tenga la intención (acreditada sobre la base de motivos plausibles) de participar en actividades que puedan poner en peligro la seguridad nacional o el orden público.

SERBIA

1. La expulsión de extranjeros del territorio de Serbia es la sanción penal inherente a la medida de seguridad contemplada en el Código Penal. Los tribunales podrán expulsar por un período de tiempo comprendido entre uno y diez años a los extranjeros que hayan cometido un delito.

2. La expulsión de extranjeros del territorio de Serbia es la sanción por infracción inherente a la medida de protección contemplada en la Ley de infracciones. Los tribunales podrán expulsar del territorio de Serbia por un período de tiempo comprendido entre seis meses y tres años a los extranjeros que hayan cometido una infracción que suponga que resulta indeseable su permanencia en el país.

3. En la ejecución de la medida de protección que implica la expulsión del extranjero del territorio de Serbia, el Ministerio del Interior, en tanto que autoridad competente, denegará, mediante una decisión, la permanencia de aquel en el país y determinará el plazo para que el extranjero abandone Serbia, así como el período de tiempo durante el cual no deberá entrar en su territorio.

4. El Ministerio del Interior expulsará por la fuerza a los extranjeros con respecto a los cuales se haya dictado una medida de protección o una medida de seguridad que suponga la expulsión, así como a los extranjeros que deban ser devueltos conforme a un tratado internacional y a los extranjeros que permanezcan ilegalmente en Serbia o que no abandonen el país en el plazo establecido.

SINGAPUR

1. La Ley de inmigración (cap. 133, ed. rev. de 2008) permite la expulsión de determinadas categorías de personas que ya han entrado en Singapur, a saber: *a)* los inmigrantes ilegales; *b)* las personas cuya presencia en Singapur sea ilegal debido a que no poseen el permiso o certificado necesarios; y *c)* las personas que sean inmigrantes prohibidos (quienes, a su vez, pertenezcan a las categorías prohibidas contempladas en el artículo 8.3 de la Ley).

2. La Ley de destierro (cap. 18, ed. rev. de 1985) faculta al Ministro del Interior para dictar una orden de destierro o una orden de expulsión si «basándose en la investigación o la información escrita que considere necesarias o suficientes, llega a la conclusión de que el destierro [o la expulsión, según proceda] resultaría beneficioso para Singapur». La orden de destierro podrá dictarse de por vida o para un período de tiempo concreto (véase el art. 5.1).

3. Conforme al artículo 17 de la Ley de salud mental (atención y tratamiento) de 2008 (Ley N.º 21 de 2008), el Ministro de Salud puede dictar un mandamiento para que la persona que no sea nacional de Singapur o no esté domiciliada en este país y que esté internada en un centro psiquiátrico designado a tal efecto con arreglo a lo dispuesto en la Ley sea trasladada al país del que sea nacional o en el que esté domiciliada. Este traslado está condicionado por la probabilidad de que beneficie al interesado y siempre y cuando se realicen de forma adecuada los preparativos del traslado y la atención y tratamiento posteriores de esa persona.

SUDÁFRICA

Los motivos de expulsión contemplados en la legislación nacional son la entrada ilegal en el país; la contravención de los permisos; la obtención de permisos falsificados o de forma fraudulenta; y la obtención de documentos de identidad o pasaportes falsificados o de forma fraudulenta. Los extranjeros son considerados ilegales cuando carecen de permiso de residencia, cuando su permiso de residencia ha caducado o se les ha retirado, cuando se les ha denegado su solicitud de ese permiso o cuando se les ha declarado personas «prohibidas» o «indeseables» en virtud de lo estipulado en la Ley de inmigración N.º 13 de 2002, enmendada (la Ley). Los extranjeros ilegales que no abandonen Sudáfrica en el plazo establecido por la ley podrán ser expulsados mediante su deportación.

SUECIA

La denegación de entrada y la expulsión de los extranjeros están reguladas en el capítulo 8 de la Ley de extranjería (2005:716).

Denegación de entrada

Artículo 1

Se podrá denegar la entrada a Suecia de un extranjero:

1. Si carece de pasaporte y es necesario disponer de uno para entrar o permanecer en Suecia;
2. Si carece de visado, permiso de residencia o cualquier otro permiso que sea necesario para entrar, permanecer o trabajar en Suecia;
3. Si se descubre, cuando el extranjero llega a Suecia, que tiene la intención de visitar otro país nórdico pero carece del permiso necesario para entrar en él;
4. Si, a su entrada en el país, el extranjero evita proporcionar la información solicitada, facilita deliberadamente datos incorrectos que sean importantes a los efectos del derecho a entrar en Suecia u omite deliberadamente cualquier circunstancia importante a los efectos de ese derecho;
5. Si no cumple los requisitos para la entrada en el país establecidos en el artículo 5 del Acuerdo de Schengen; o

6. Si se le ha denegado la entrada a algún Estado miembro de la Unión Europea o a Islandia, Noruega o Suiza, o ha sido expulsado de uno de ellos, bien en las circunstancias previstas en el capítulo 7, artículo 6, o bien por basarse la orden de denegación de entrada o de expulsión en el incumplimiento por el extranjero de las disposiciones aplicables en materia de entrada o estancia de los extranjeros en ese Estado.

No se podrá denegar la entrada a Suecia de un nacional del EEE¹ con arreglo al párrafo primero, apartado 1, si puede acreditar su identidad por medios distintos de la posesión de un pasaporte. Se aplicará esta misma disposición a los familiares de un nacional del EEE que no sean a su vez nacionales de ese Espacio.

No se podrá invocar como único motivo para denegar la entrada a Suecia de un nacional del EEE o un miembro de su familia el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.1 c) del Acuerdo de Schengen, relativo a los medios adecuados de subsistencia.

Artículo 2

Se podrá denegar la entrada a Suecia de un extranjero:

1. Si puede presumirse que carece de fondos suficientes para su estancia en Suecia o en otro país nórdico que pretenda visitar o para el viaje de regreso a su lugar de origen;
2. Si puede presumirse que durante su estancia en Suecia o en otro país nórdico no se mantendrá por medios honrados o realizará actividades que requieren un permiso de trabajo sin disponer de él;
3. Si puede presumirse, en razón de un encarcelamiento previo u otra circunstancia particular, que cometerá un delito en Suecia o en otro país nórdico;
4. Si puede presumirse, sobre la base de actividades anteriores o por otros motivos, que llevará a cabo actos de sabotaje o espionaje o actividades de inteligencia ilícitas en Suecia o en otro país nórdico; o
5. Si se ha establecido, de conformidad con la Ley sobre determinadas sanciones internacionales (1996:95), que se le puede denegar la entrada al país.

También se podrá denegar la entrada de un extranjero a Suecia en otros casos cuando la autoridad central de extranjeros de un país nórdico haya formulado una solicitud en tal sentido y pueda presumirse que el extranjero se dirigirá a ese país.

El párrafo primero, apartado 1, no se aplicará a los nacionales del EEE ni a los miembros de su familia. No obstante, se podrá denegar la entrada a las personas que no sean trabajadores asalariados o por cuenta propia, a las personas en busca de empleo y a sus familiares si se comprueba que alguno de ellos, tras su entrada en Suecia, se convierte en una carga para el sistema de asistencia social establecido en la Ley de servicios sociales (2001:453).

Artículo 3

No se podrá denegar la entrada a un extranjero que tuviera un permiso de residencia a su llegada a Suecia, o lo haya tenido en algún momento posterior, pero que haya perdido validez. Tampoco se podrá denegar la entrada por carecer el extranjero de un permiso de residencia si durante el período en que ese permiso era necesario para la estancia en Suecia el extranjero tuvo en su lugar, pero ya no tiene, un derecho de residencia.

No se podrá denegar la entrada al país de un extranjero que tenga derecho de residencia.

Artículo 4

La Junta de Inmigración de Suecia examinará los casos de denegación de entrada si:

1. El extranjero busca asilo en el país;
2. El extranjero tiene un familiar cercano que busca asilo en el país; o
3. Puede denegarse la entrada del extranjero al país en virtud del artículo 1, párrafo primero, apartado 6, o del artículo 2, párrafo segundo.

En los demás casos, tanto la Junta de Inmigración de Suecia como las autoridades de policía podrán examinar la denegación de entrada.

Cuando las autoridades de policía alberguen dudas sobre si debe denegarse la entrada al extranjero, remitirán el caso a la Junta de Inmigración de Suecia.

Artículo 5

Las decisiones de denegación de entrada adoptadas en primera instancia deberán tomarse a más tardar tres meses después de la primera solicitud de permiso de residencia realizada tras la llegada a Suecia.

Artículo 7

El extranjero al que no se le deniegue la entrada al país con arreglo al artículo 1, apartados 1 o 2, podrá ser expulsado de Suecia si vive en el país pero carece de pasaporte o de los permisos necesarios para permanecer en él. La Junta de Inmigración de Suecia examinará esos casos de expulsión.

Expulsión de nacionales del EEE y de sus familiares por motivos de seguridad y orden público

Artículo 7a

El extranjero que tenga derecho de residencia podrá ser expulsado de Suecia por motivos de seguridad y orden público. No obstante, si el extranjero tiene derecho de residencia permanente en el momento en que se adopta la orden de expulsión, sólo podrá ser expulsado si existen motivos excepcionales para ello.

Los nacionales del EEE que sean menores de edad o hayan vivido en Suecia durante los 10 años inmediatamente anteriores a la decisión de expulsión sólo podrán ser expulsados si tal decisión es absolutamente necesaria por motivos de seguridad pública.

Expulsión en razón de la comisión de delitos

Artículo 8

Se podrá expulsar de Suecia a los extranjeros condenados por delitos castigados con pena de prisión. También se podrá expulsar a un extranjero cuando un tribunal revoque una suspensión de condena o la libertad condicional concedida al extranjero y le imponga otra pena.

No obstante, sólo se podrá expulsar a un extranjero si es condenado a una pena más grave que la pena de multa y si:

1. Puede presumirse, habida cuenta del tipo de acto cometido y de otras circunstancias, que el extranjero seguirá llevando a cabo actividades delictivas en el país; o
2. El delito es tan grave, en razón del daño o peligro resultante o de la lesión de intereses privados o públicos, que no debe permitirse la permanencia del extranjero en el país.

Artículo 15

La Ley de controles especiales respecto de los extranjeros (1991:572) contiene disposiciones relativas a la expulsión por motivos de seguridad nacional y presunción de actividad delictiva con arreglo a la Ley de responsabilidad penal por delitos de terrorismo (2003:148).

SUIZA

Véase la respuesta incluida en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604, sección A.8.

¹ Según el cap. 1, art. 3b, de la Ley de extranjería, se entiende por «Estado del Espacio Económico Europeo» todo Estado al que se aplica el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Se entiende por «nacional del Espacio Económico Europeo» el extranjero que es nacional de un Estado del EEE.

2. Las condiciones y la duración de la retención/internamiento de las personas en vías de expulsión en las zonas preparadas a estos efectos

ALEMANIA

Según las normas de extranjería de Alemania, la expulsión por sí sola no puede ser motivo de detención. El internamiento previo a la deportación (artículo 62 de la Ley de Residencia) solamente puede solicitarse y autorizarse si hay motivos para creer que la deportación será más difícil o será obstaculizada sin el internamiento (por ejemplo cuando haya motivos para sospechar que el extranjero quiere evitar la deportación). El internamiento para la deportación a corto plazo (por un período de dos semanas) es posible cuando ha expirado el plazo para abandonar el país y se tiene la certeza de que debe llevarse a cabo la deportación. El internamiento para asegurar la deportación no puede sobrepasar los seis meses. Es posible prorrogar el período de internamiento 12 meses (hasta un máximo de 18 meses) si el extranjero obstaculiza su deportación y esta circunstancia le es atribuible (por ejemplo, cuando no coopera para obtener los documentos de viaje).

ANDORRA

Con respecto a las condiciones y la duración del internamiento de las personas que van a ser expulsadas, se ha de tener en cuenta que cualquier persona que reciba la notificación de una orden de expulsión deberá abandonar el país inmediatamente y, en su defecto, se considerará que ha desobedecido a la autoridad administrativa. Las autoridades de Andorra actuarán entonces de la misma forma que si se tratara de cualquier otro delito y esa persona deberá comparecer ante la justicia.

ARMENIA

Conforme a la Ley de extranjería de la República de Armenia, se podrá internar a los extranjeros y mantenerlos en centros especiales, si existen suficientes motivos para sospechar que pueden escapar, hasta que el tribunal competente examine la causa sobre su expulsión y se aplique la resolución que se tome al respecto. Dentro del plazo de 48 horas contadas desde el ingreso e internamiento del extranjero en un centro especial, el órgano policial estatal competente deberá solicitar permiso al tribunal correspondiente para mantenerlo internado hasta 90 días.

BELARÚS

1. La Constitución de la República de Belarús dispone que la restricción o la privación de la libertad personal es posible en los casos y con los procedimientos previstos en la ley.

2. Los motivos de la detención administrativa y su duración se establecen en los artículos 8.2 y 8.4 del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos.

3. Con la aprobación del fiscal, puede imponerse la detención administrativa por el período necesario para ejecutar una orden de deportación a fin de ejecutar una sanción administrativa, a saber, la deportación de la persona objeto de esa medida punitiva.

4. El Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos establece los derechos de los detenidos, los trámites procesales relativos a la detención y los deberes de los funcionarios encargados de la detención. La existencia de esas normas en el Código es una garantía más de que se protegerán los derechos y los intereses legítimos de las personas sometidas al procedimiento administrativo, incluidos los extranjeros.

5. Por ejemplo, debe informarse a los extranjeros detenidos sin demora, en un idioma que entiendan, de los motivos de su detención y de los derechos que los asisten (parte 4, artículo 8.2, del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos).

6. Se informa a los detenidos de que tienen derecho a contratar a un abogado defensor y, si no conocen o no conocen suficientemente el idioma del procedimiento administrativo, los servicios de un intérprete (artículos 2.11 y 4.1 del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos). Cuando una persona detenida por la comisión de una infracción administrativa durante un período de tres horas así lo solicita, se notifica su paradero a un familiar adulto, a un pariente próximo, a su abogado defensor, al empleador con el que el detenido tenga relaciones de empleo, o a la administración del centro en el que estudie (parte 3, artículo 8.2 del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos).

7. Cuando la detención administrativa es de más de tres horas, se cumplimenta una ficha de registro en la que se indican la fecha y lugar, el cargo, apellido, nombre y patronímico de la persona que cumplimenta el registro; las señas de identidad del detenido, los motivos de la detención y la hora y el lugar en que ésta haya tenido lugar. La ficha se muestra al detenido y es firmada por el funcionario que la ha redactado y también por el detenido (artículo 8.5 del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos).

8. La detención administrativa de un extranjero para la ejecución de una orden de deportación sólo puede ser practicada por funcionarios debidamente autorizados por el artículo 8.3 del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos, a saber, los agentes de los órganos encargados de los asuntos internos, las fronteras y la seguridad del Estado.

9. De conformidad con el artículo 63 de la Ley de extranjería, cuando se toma la decisión de expulsar por la fuerza, los órganos encargados de los asuntos internos o de la seguridad del Estado, con la aprobación del fiscal, toman medidas para detener al extranjero durante el período necesario para la expulsión.

10. Además, se procederá a la expulsión cuando haya motivos para creer que un extranjero puede no salir voluntariamente e incumplir la decisión de expulsión, y cuando no haya salido voluntariamente de Belarús antes del plazo fijado en la decisión de expulsión.

11. De conformidad con el Reglamento sobre los procedimientos para la expulsión de extranjeros y apátridas de la República de Belarús, aprobado por la Decisión N.º 146 del Consejo de Ministros, de 3 de febrero de 2006,

el órgano estatal que tome la decisión sobre la expulsión forzosa debe notificar a los extranjeros, sin demora y en un idioma que entiendan, los motivos de su detención y sus derechos y deberes. Además, los extranjeros detenidos con el fin de proceder a su expulsión de Belarús pueden, con la autorización del jefe del órgano competente o de la persona que ejerza esas funciones, comunicarse por teléfono y reunirse con los representantes de las misiones diplomáticas o las autoridades consulares del Estado de que sean nacionales o donde tengan su residencia habitual. Después del examen de la expulsión, se emite una orden en la que se indica el lugar y la hora de la publicación de la orden; el apellido, iniciales y cargo de la persona del órgano estatal que haya dictado la orden; información sobre el extranjero al que se refiera la orden; información sobre el intérprete (si el extranjero utiliza los servicios de un intérprete); los motivos de la decisión; el período de prohibición de entrar en Belarús; y el plazo y procedimiento de apelación. La orden es firmada por el funcionario del órgano estatal competente y aprobada por el jefe de ese órgano. La orden es firmada también por el extranjero y, en su caso, por el intérprete.

12. A fin de aplicar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el artículo 7 de la Ley de extranjería se establece que el órgano que detenga a un extranjero para ejecutar una orden de deportación o de expulsión debe comunicar esa detención en el plazo de tres días al Ministerio de Relaciones Exteriores para ponerla en conocimiento de la misión diplomática o las autoridades consulares del Estado de que el extranjero sea nacional o residente habitual. Además, de conformidad con la nueva Ley de extranjería, debe comunicarse al Ministerio de Relaciones Exteriores la detención del extranjero, cuando éste lo solicite, en el plazo de 24 horas desde su detención o internamiento.

13. Por regla general no se aplican medidas de detención a los extranjeros de menos de 16 años o de más de 60, a los que muestran señales claras de discapacidad ni a las mujeres embarazadas.

14. El análisis de las detenciones de extranjeros por órganos encargados de los asuntos internos con el fin de ejecutar una orden de deportación o una expulsión muestra que el período de detención de más de 30 días se aplica a los extranjeros solamente cuando los documentos necesarios para su viaje al extranjero no han podido ser obtenidos dentro de ese plazo. La tardanza en la expedición de documentos de viaje y de visados de tránsito por parte de las misiones diplomáticas y las autoridades consulares es el principal motivo de las demoras. No obstante, los órganos encargados de los asuntos internos se encuentran en situaciones en que las misiones diplomáticas y las autoridades consulares de algunos Estados no están interesadas en repatriar a sus ciudadanos.

15. Los extranjeros detenidos a los fines de ejecutar una orden de deportación o de expulsión son internados en instituciones especiales del órgano competente. En el sistema de los órganos encargados de los asuntos internos, esas instituciones especiales son centros de detención temporal.

16. Los procedimientos para la detención en esos centros fueron establecidos por la Decisión N.º 194 del

Ministerio del Interior, de 8 de agosto de 2007, por la que se establece el Reglamento interno para las instituciones especiales de los órganos encargados de los asuntos internos que ejecuten una sanción administrativa en forma de detención administrativa.

17. Por consiguiente, las personas internadas en esos centros disponen de lugares individuales para dormir; de lugar para guardar sus artículos de higiene personal, material de escritura, documentos y archivos, vestimenta y alimentos; así como ropa de cama, platos y cubiertos. Esos objetos se distribuyen gratuitamente para su uso temporal durante el período de internamiento en los centros. Los platos y los cubiertos se distribuyen durante las comidas.

18. Con arreglo a las normas establecidas y según el número de detenidos por celda, está permitido el uso de los siguientes objetos de uso general: detergente doméstico, juegos de mesa (damas, ajedrez y dominó), productos para limpiar las celdas y agujas, tijeras y cuchillos para cortar los alimentos (por un período de tiempo corto y bajo la supervisión de los funcionarios de los centros). Las mujeres con hijos reciben productos para la atención de los niños.

19. Las celdas están equipadas con servicios de saneamiento separados, un lugar para el acceso a los alimentos, radio y aparatos de ventilación. Cuando es posible, las celdas disponen de refrigeradores y televisores.

20. Las personas internadas en esos centros reciben, gratuitamente, alimentos sanos y de valor nutritivo adecuado. Además, los detenidos pueden participar en prácticas religiosas, rituales y ritos dentro de sus celdas y, cuando es posible, en locales de los centros acondicionados específicamente para esos fines, de conformidad con las tradiciones religiosas de los detenidos.

21. Se permite a los detenidos recibir correspondencia, envíos y paquetes con artículos de primera necesidad, así como calzado y vestimenta adecuados a la estación del año. Los detenidos pueden pasear a diario y tienen acceso a un abogado o a otra persona facultada para prestar asistencia jurídica.

BAHREIN¹

Expulsión sobre la base de la Ley sobre los extranjeros de 1965, modificada

1. Cuando se detenga a la persona objeto de expulsión, la Dirección General:

a) se asegurará que los salarios debidos fueron percibidos y que se ha otorgado un recibo a ese efecto;

b) verificará que no existe ningún obstáculo, por ejemplo una medida de prohibición de viaje pronunciada por un tribunal civil o penal, susceptible de retardar la expulsión y que ninguna otra decisión todavía no fue ejecutada.

[...]

¹ Los textos de la legislación mencionada fueron comunicados a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

3. La Dirección General se ocupará de las necesidades del extranjero objeto de la medida de expulsión hasta el momento en que sea expulsado. Se le permitirá igualmente comunicarse con su familia y se le asegurará el goce de los servicios consulares de su país.

4. Los detenidos, incluidos los trabajadores extranjeros que han infringido las disposiciones relativas a sus condiciones de empleo y las personas condenadas en sede penal, serán transferidos a la Dirección General por la policía, el tribunal o la jurisdicción competente. Se destaca que los trabajadores extranjeros son competencia de la autoridad de reglamentación del mercado de trabajo y que la Dirección General se encuentra investida de poder de detención.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

1. A los efectos de la aplicación de la Ley de extranjería y asilo, conforme al artículo 98 de esa Ley, se estableció un centro de inmigración, que es una institución especializada para la recepción y estancia de extranjeros a los que se ha impuesto medidas de supervisión.

2. Conforme al artículo 99, párr. 1, apdo. *a*, de la Ley de extranjería y asilo, los extranjeros podrán estar bajo supervisión con el fin de asegurar la ejecución de una decisión de expulsión. Sobre la base de la decisión del Departamento de Extranjería, los extranjeros podrán estar internados durante el tiempo que sea necesario para cumplir el fin de la supervisión o hasta que cambien los motivos de su retención, pero nunca más de 30 días.

3. El artículo 102 de la Ley de extranjería y asilo define la ejecución de la decisión de poner a los extranjeros bajo supervisión y la duración de ésta. La medida consistente en poner a los extranjeros bajo supervisión se aplica ingresándolos en una institución especializada en la recepción de extranjeros (centro de inmigración). Si a un extranjero se le impone una medida de expulsión de Bosnia y Herzegovina, permanecerá bajo supervisión hasta el momento de su expulsión forzosa del país o mientras sea necesario para cumplir los fines de la supervisión. Mientras dure el internamiento, el Departamento de Extranjería tomará todas las medidas necesarias con el fin de reducir su duración lo máximo posible. La supervisión podrá prorrogarse por períodos de no más de 30 días por vez, si persisten las condiciones para imponer la supervisión. La duración total de supervisión impuesta a los extranjeros no podrá superar los 180 días. La decisión de prorrogar la supervisión podrá tomarse a más tardar siete días antes de que venza la decisión anterior.

4. Con carácter excepcional, en caso de que un extranjero no facilite su expulsión del país o resulte imposible expulsarlo dentro del plazo de 180 días por otras razones, la duración total de la supervisión podrá superar los 180 días.

BULGARIA

De conformidad con el artículo 44 de la Ley de extranjería de la República de Bulgaria, las órdenes de expulsión deberán ser cumplidas de forma inmediata (párr. 4, apdo. 3). Cuando no se haya determinado fehacientemente la identidad de los extranjeros a los que se haya

impuesto una medida administrativa, o los afectados obstaculicen la ejecución de la orden o exista el riesgo de que se fuguen, se podrá dictar una orden para trasladarlos obligatoriamente a una zona especial destinada a albergar extranjeros temporalmente con el fin de organizar su expulsión. Estos centros o zonas especiales, que dependen de la Dirección de Migración del Ministerio del Interior, se utilizan para el internamiento temporal de extranjeros con respecto a los cuales se haya dictado una orden de acompañamiento forzoso hasta la frontera de Bulgaria o una orden de expulsión. Su estancia en dichos centros o zonas continúa durante el período de mayor duración de los indicados a continuación: mientras se mantengan las circunstancias mencionadas o durante seis meses. Con carácter excepcional, cuando la persona se niegue a cooperar con las autoridades competentes, se retrase la recepción del documento necesario para la expulsión o la persona suponga una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, el período de estancia temporal en dichos centros o zonas podrá ampliarse aún más hasta un máximo de 12 meses. La legislación en vigor no contempla la retención ni el internamiento de ciudadanos de la UE ni de sus familiares en relación con la imposición de una medida administrativa coercitiva de expulsión.

CANADÁ

Internamiento de inmigrantes en el Canadá

a) *Marco legislativo*

1. El marco del programa de internamiento figura en los artículos 55 a 61 de la Ley de inmigración y protección de los refugiados y en los artículos 244 a 250 del Reglamento de inmigración y protección de los refugiados. El Reglamento otorga a los agentes la facultad discrecional de internar a extranjeros¹ y a residentes permanentes cuando tengan motivos fundados para creer que esas personas resultan inadmisibles para el Canadá y cuando:

— La persona sea considerada un peligro público; o

— Es improbable que la persona comparezca durante el procedimiento de inmigración en las fases de examen, audiencia o expulsión, es decir, cuando exista un riesgo de fuga.

2. Además, los agentes pueden internar a los extranjeros cuando éstos no hayan probado debidamente su identidad.

3. Por último, en un puerto de entrada el agente encargado de este puede internar a un extranjero o a un residente permanente cuando:

— Sea necesario para completar el examen de inmigración; o

— El agente tenga motivos fundados para sospechar que la persona no debería ser admitida por razones de seguridad o por haber violado los derechos humanos o los derechos reconocidos internacionalmente.

¹ En el párrafo 2.1 de la Ley de inmigración y protección de los refugiados se define al «extranjero» como la «persona que no es ciudadano canadiense ni residente permanente e incluye a los apátridas».

b) *Derechos*

4. El Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá, en calidad de autoridad que realiza el internamiento, es responsable de asegurarse de que quienes sean internados son informados de sus derechos conforme a la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, lo cual incluye informar al internado de los motivos de su internamiento y el derecho a contar con un abogado y darle instrucciones. Además, se informa a los internados de su derecho conforme a la Convención de Viena de que se comunique su detención e internamiento al representante más próximo del gobierno del país de su nacionalidad.

c) *Procedimiento de revisión*

5. La decisión del agente del Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá de internar a una persona conforme a lo dispuesto en la Ley de inmigración y protección de los refugiados puede ser objeto de una revisión independiente por parte de un miembro del Departamento de Inmigración de la Junta de Inmigración y Refugiados² con carácter periódico, es decir, tras 48 horas, a continuación dentro de los 7 días siguientes y más tarde cada 30 días. El Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá tiene la facultad de poner en libertad a los internados solamente con anterioridad a la revisión que se realiza en el plazo de 48 horas. Posteriormente, la facultad para poner en libertad a los extranjeros corresponde a los miembros del Departamento de Inmigración³.

d) *Solicitantes del estatuto de refugiado y menores de edad*

6. La Ley de inmigración y protección de los refugiados no prohíbe el internamiento de los solicitantes del estatuto de refugiado (solicitantes de asilo) ni de los menores de edad (niños menores de 18 años) cuando se cumplan las condiciones de internamiento anteriormente mencionadas. En el caso de los menores de edad, la Ley de inmigración y protección de los refugiados establece que el internamiento deberá ser el último recurso y los encargados de tomar esta decisión deberán tener siempre en cuenta el interés del menor.

e) *Uso selectivo del internamiento*

7. Las normas básicas en materia de internamiento establecen que los agentes deberán considerar otras alternativas al internamiento, incluida la imposición de condiciones, como la exigencia de presentarse ante las oficinas del Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá o la exigencia de hacer un depósito en efectivo o de prestar fianza.

f) *Centros de internamiento*

8. El Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá cuenta con cuatro centros de internamiento de inmigrantes: tres de ellos en Toronto (Ontario), Montreal

(Quebec) y Vancouver (Columbia Británica), para internados de bajo riesgo, y otro en Kingston (Ontario), para casos que requieren certificado de seguridad. En general, los internados de bajo riesgo son aquellos que no tienen antecedentes penales y los motivos de su internamiento están relacionados con el riesgo de fuga o con problemas sobre su identidad. Cuando se decreta el internamiento de menores de edad como último recurso, permanecerán en centros de internamiento de inmigrantes de bajo riesgo con sus padres o tutores.

9. El Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá recurre a las instituciones penitenciarias provinciales para internar a personas de alto riesgo, en particular aquellas que tienen antecedentes penales, así como a las que se considera un peligro público. En el primer grupo están incluidos quienes son trasladados de un centro penitenciario a un centro de inmigración tras haber cumplido su condena y antes de su expulsión y en el segundo grupo están incluidos los casos relacionados con el certificado de seguridad.

10. Además, el Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá recurre a las instalaciones provinciales para los casos de bajo riesgo en las zonas que no cuentan con un centro de internamiento de inmigrantes. Los inmigrantes internados están mezclados con otras personas internadas en todas las instalaciones provinciales, salvo en una situada cerca de Lindsay (Ontario), en donde el Organismo pudo acordar con sus socios provinciales reservar un espacio para 90 inmigrantes internados.

g) *Certificados de seguridad*

11. El centro de internamiento de inmigrantes de Kingston es un centro del Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá dependiente de los servicios penitenciarios de la Reserva Federal del Canadá en la institución de Millhaven. En la actualidad hay un extranjero internado en ese centro. Otras cuatro personas relacionadas con casos de certificado de seguridad han sido puestas en libertad condicional por el tribunal federal y están siendo vigiladas por el Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá. Estas personas están sujetas a un certificado de seguridad expedido conforme al artículo 77.1 de la Ley de inmigración y protección de los refugiados y habían estado internadas de conformidad con el artículo 82.2 de esa Ley por más de dos años.

h) *Supervisión independiente del internamiento*

12. En 1999, la Cruz Roja canadiense empezó a supervisar las condiciones de internamiento de los inmigrantes en los centros penitenciarios provinciales de la Columbia Británica. Tras la firma de un memorando de entendimiento, en abril de 2002, todas las instalaciones del Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá también están sujetas a la supervisión independiente de la Cruz Roja. Recientemente, la Cruz Roja empezó a supervisar el internamiento de inmigrantes en las instalaciones provinciales de Quebec y Alberta. El Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá apoya el deseo de la Cruz Roja de ampliar su programa de supervisión a todas las instalaciones provinciales, particularmente en Ontario, en donde tradicionalmente se ha producido la actividad más intensa

² La Junta de Inmigración y Refugiados es un tribunal cuasijudicial independiente.

³ El régimen de internamiento para el proceso del certificado de seguridad es diferente (Ley de inmigración y protección de los refugiados, arts. 76 a 85). El internamiento es revisado por un magistrado del Tribunal Federal. Véase la nota sobre el procedimiento del certificado de seguridad.

en el ámbito de la inmigración, incluida la ejecución de la ley. El memorando de entendimiento actualmente en vigor entre la Cruz Roja canadiense y el Organismo de Servicios Fronterizos del Canadá fue firmado el 3 de noviembre de 2006.

CHINA

1. Los extranjeros que son expulsados independientemente de la comisión de un delito o como pena accesoria son detenidos e internados en diferentes condiciones con anterioridad a su expulsión. Antes de que se les imponga una pena, se les priva forzosamente de su libertad personal de conformidad con la ley y se les mantiene en centros de internamiento. Una vez que se les ha impuesto una pena, se les detiene en prisiones administradas por los departamentos administrativos judiciales. La duración de la detención viene determinada por el tiempo necesario para investigar, enjuiciar y concluir la causa o por la decisión de un tribunal de imponer un plazo de internamiento específico.

2. Antes de la expulsión, a los extranjeros que sean detenidos e investigados conforme a la ley por haber entrado o establecido su residencia ilegalmente en China se les detiene en centros de internamiento dirigidos por los órganos de seguridad pública. El período de internamiento e investigación no deberá superar un mes. Para los casos graves o complejos, ese período podrá ampliarse un mes más con permiso del órgano de seguridad pública de nivel superior. Para las personas cuya nacionalidad no esté clara o que no puedan ser deportadas inmediatamente y cuya seguridad no se pueda garantizar tras su puesta en libertad, el período de internamiento e investigación podrá ampliarse hasta que se haya determinado su nacionalidad y la persona sea deportada.

3. China no tiene centros de internamiento destinados específicamente a extranjeros. Los extranjeros que sean internados antes de ser expulsados están sujetos a las mismas condiciones de internamiento que los ciudadanos chinos. Durante su internamiento, se respetan las creencias religiosas y las costumbres de los extranjeros.

CROACIA

1. La libertad de circulación de los extranjeros puede verse restringida cuando se les traslada a un centro de internamiento de extranjeros en el caso de que hayan sido detenidos o se les interne debido a su expulsión forzosa que no hubiera comenzado en un período de 24 horas contadas desde el momento en que se produjo el arresto o de 48 horas si el caso está relacionado con la aplicación de un acuerdo internacional de readmisión.

2. Asimismo, la libertad de circulación de los extranjeros también puede verse limitada cuando se les traslada a un centro de internamiento de extranjeros en los casos en que sea necesario determinar su identidad.

3. Croacia tiene un centro de recepción de extranjeros que puede alojar a 96 personas. Este centro es una dependencia orgánica del Ministerio del Interior.

4. A los extranjeros que no puedan alojarse en el centro de recepción de extranjeros debido a sus condiciones de

salud o por algún otro motivo específico se les alojará en algún otro lugar apropiado.

5. A los extranjeros se les alojará en el centro durante un período máximo de 180 días, en virtud de una decisión adoptada por una administración de policía o una comisaría de policía.

6. Esta decisión puede apelarse ante el Tribunal Administrativo de la República de Croacia en un plazo de 30 días presentando el correspondiente recurso.

7. La estancia de los extranjeros en el centro puede prolongarse durante 180 días más en los siguientes casos:

a) Cuando no se haya determinado su identidad;

b) Cuando, estando pendiente de resolución el procedimiento de expulsión, el extranjero haya solicitado el asilo o la protección subsidiaria con el fin de impedir que se inicie el procedimiento de deportación;

c) Cuando se tengan que ultimar los preparativos para su expulsión;

d) Cuando el extranjero haya impedido que se produzca su deportación de alguna otra manera.

8. Los extranjeros que hayan solicitado asilo o protección subsidiaria tras haber ingresado en el centro de recepción de extranjeros permanecerán en él hasta que concluya el período de estancia en éste o hasta que se haya aprobado el asilo o la protección subsidiaria.

9. En el centro de recepción de extranjeros las mujeres están separadas de los hombres, los menores de edad están con sus representantes legales y los miembros de una misma familia están todos juntos pero en habitaciones separadas.

EL SALVADOR

1. El Salvador no aplica los términos de retención, internamiento y/o limitación de libertad en sus procedimientos relativos a la expulsión de extranjeros. Existe, por el contrario, el Centro de Atención Integral para Migrantes. El Centro, que inició sus funciones el 7 de julio de 2008, fue creado con el objetivo de proporcionar resguardo/alojamiento a los extranjeros en situación irregular mientras se solventa su situación. Es de suma importancia hacer notar que el ingreso al Centro es de carácter voluntario, y que en él se cubren necesidades básicas de los extranjeros. El Centro cuenta con dormitorios aptos, divididos por sectores: uno para grupos familiares, otro para mujeres y uno para hombres, y cuenta con medidas higiénicas adecuadas. Se provee a los extranjeros de alimentación, asistencia médica y psicológica, y hay también un espacio físico recreativo. Los extranjeros pueden además comunicarse con sus familiares fuera del país por vía telefónica.

2. El procedimiento de repatriación de los extranjeros se realiza de manera digna, segura, ágil y ordenada. El Ministerio de Relaciones Exteriores se ocupa de lograr la correcta documentación de las personas.

3. El tiempo de resguardo en el Centro está en función del país de origen de la persona, de la agilidad con que la embajada/consulado de su país de origen —que pueden estar ubicados en El Salvador o fuera— emita sus documentos de identidad, y de la agilidad de las gestiones para la compra del boleto de retorno, por vía aérea o terrestre, que se llevan a cabo en un primer momento con la familia del extranjero. Si la familia no puede costear el boleto, se realiza la gestión de la compra de éste con el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública.

ESLOVAQUIA

1. De acuerdo con el artículo 62, párr. 1, de la Ley de extranjería, los extranjeros pueden ser internados sólo por el tiempo necesario, que no podrá ser superior a seis meses. El departamento de policía podrá decidir prorrogar el período de internamiento por un máximo de 12 meses. El internamiento se podrá prorrogar en caso de que sea necesario para prolongar el procedimiento de expulsión, incluso aunque se hayan adoptado las medidas para llevar a cabo la expulsión administrativa del extranjero, ya sea debido a que éste no coopere adecuadamente o porque la misión diplomática no haya emitido al extranjero un documento de viaje sustitutivo dentro del plazo de seis meses. El período de internamiento no podrá ser prorrogado en el caso de las familias con niños ni de las personas vulnerables.

2. En el territorio de Eslovaquia, los extranjeros internados en virtud del artículo 62, párr. 1, de la Ley de extranjería lo son en una de las dos instituciones de la Policía: los Centros de Internamiento de la Policía para Extranjeros de Medved'ov y Sečovce. Las condiciones de internamiento en esos centros se establecen en los artículos 63a a 74 de la Ley de extranjería. Los detalles relacionados con los derechos y obligaciones de los extranjeros internados en los Centros de Internamiento de la Policía para Extranjeros se establecen en las normas internas de los propios centros.

ESTADOS UNIDOS

Condiciones de detención

1. Los Estados Unidos se afanan en que las personas que deban ser detenidas por motivos relacionados con su alejamiento del país lo sean de manera segura, con humanidad y en la forma correcta.

2. En septiembre de 2000, el antiguo Servicio de Inmigración y Naturalización, cuyas autoridades se integraron en el Departamento de Seguridad Interior en marzo de 2003, redactó y publicó 36 normas nacionales relativas a la detención para facilitar la uniformidad de las condiciones de detención, el acceso a la representación letrada y la seguridad de las operaciones en todos sus centros de detención a nivel nacional. Estas normas también sirvieron para establecer parámetros de referencia claros para el examen por dicho organismo de las operaciones de detención sobre el terreno, a fin de que cada centro de detención que acogiera a extranjeros en espera de ser expulsados de los Estados Unidos tras haberse constatado que reunían los requisitos para su alejamiento pudiera rendir cuentas de cualquier incumplimiento de esas normas.

3. Varios años después, en 2008, tras la disolución del antiguo Servicio de Inmigración y Naturalización y la creación del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas, este último revisó y redactó de nuevo esas normas basándose en las experiencias adquiridas durante la aplicación de las normas nacionales relativas a la detención. Las normas revisadas, que actualmente se conocen como las normas nacionales relativas a la detención basadas en el desempeño, se elaboraron en consulta con los diferentes componentes del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas y la Oficina de Derechos y Libertades Civiles del Departamento de Seguridad Interior, lo que supone un avance desde la redacción de las normas originales de 2000. En el marco del proceso de revisión, se examinaron y atendieron cientos de preocupaciones planteadas por organizaciones no gubernamentales, entre otros grupos de interés.

4. Aunque en la actualidad se están examinando y revisando de nuevo las normas nacionales relativas a la detención basadas en el desempeño, sobre la base de los comentarios adicionales que el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas recibió de las organizaciones no gubernamentales y grupos de derechos, entre otros interesados, la revisión y futura aplicación a nivel nacional de esas normas evidencian el permanente compromiso del Gobierno con el objetivo de asegurar que todos los no ciudadanos detenidos sean tratados con humanidad.

5. La legislación de los Estados Unidos también proporciona protecciones específicas a los niños no ciudadanos que llegan solos a los Estados Unidos pero no son admisibles. En tales circunstancias, la Oficina de Reasentamiento de Refugiados del Departamento de Salud y Servicios Humanos se encarga de poner a esos niños no ciudadanos en el establecimiento apropiado y menos restrictivo durante el período de detención previo a su alejamiento.

Duración de la detención

6. Aunque por lo general el Departamento de Seguridad Interior puede detener a no ciudadanos para asegurar su comparecencia mientras sigan pendientes sus procedimientos de inmigración, en muchos casos los no ciudadanos no tienen que estar físicamente detenidos por el Departamento mientras duren esos procedimientos (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 236 a)).

7. Para ciertas categorías de no ciudadanos (como los que suponen una amenaza para la seguridad nacional), la legislación de los Estados Unidos exige que estén detenidos mientras se espera la emisión de una orden administrativa de alejamiento (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 236 c)).

8. Los no ciudadanos que lleguen a los Estados Unidos sin un documento válido de entrada pueden ser objeto de un procedimiento acelerado de alejamiento (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 235 b)). Sin embargo, si un no ciudadano demuestra un temor fundado de ser perseguido o torturado, se le ofrecerá la posibilidad de asistir a una audiencia ordinaria de evaluación del alejamiento, y si acredita adecuadamente su identidad, no existe riesgo de fuga y no supone un peligro para la comunidad, será puesto en libertad salvo que medien circunstancias excepcionales.

9. Si en el transcurso del procedimiento administrativo se constata que un no ciudadano ha violado las leyes de inmigración de los Estados Unidos, por regla general deberá permanecer detenido hasta su alejamiento (que por lo general debe producirse dentro de los 90 días siguientes a la conclusión del procedimiento administrativo) (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 a) 1) A), 2)).

10. Más allá de estos parámetros normativos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a este respecto establece que la detención de un no ciudadano (a efectos del alejamiento) no puede ser indefinida. Más concretamente, tras la recepción de una orden administrativa de alejamiento definitiva, un no ciudadano sólo puede permanecer detenido, por regla general, mientras se considere que hay grandes posibilidades de que su alejamiento tenga lugar en un plazo razonablemente previsible. Según la Corte Suprema, una vez que se ha establecido que esta condición no puede cumplirse, por regla general un no ciudadano no puede seguir detenido (véase el caso *Zadvydas v. Davis*¹).

¹ Corte Suprema, *Kestutis Zadvydas v. Christine G. Davis, United States Supreme Court Reports*, 28 de junio de 2001, 533 U.S., págs. 678 a 725, esp. pág. 699.

FINLANDIA

1. El artículo 121 de la Ley de extranjería establece los requisitos necesarios para mantener internado a un extranjero. Conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ordenar que se mantenga internado a un extranjero si:

1. teniendo en cuenta las circunstancias personales o de otro tipo del extranjero, existen motivos fundados para creer que éste impedirá u obstaculizará de forma significativa la toma de una decisión que le afecte o la aplicación de la decisión de expulsarle del país tratando de ocultarse o de alguna otra forma;

2. es necesario mantener internado al extranjero para determinar su identidad; o

3. teniendo en cuenta las circunstancias personales o de otro tipo del extranjero, existen motivos fundados para creer que cometerá un delito en Finlandia.

2. Para mantener internado al extranjero debido a que no está clara su identidad es necesario que éste haya aportado información poco fiable cuando se tramitó el asunto, se haya negado a suministrar la información exigida o, en general, se concluya que no se puede considerar que su identidad haya quedado determinada.

3. El artículo 124 de la Ley de extranjería establece que el funcionario responsable de tomar la decisión de mantener internado al extranjero lo notificará al tribunal de distrito competente en la materia inmediatamente y a más tardar el día siguiente al del internamiento.

4. El tribunal de distrito conocerá del asunto relativo al internamiento del extranjero sin dilación y a más tardar cuatro días después de la fecha de internamiento de éste. El tribunal ordenará la puesta en libertad inmediata del extranjero si no existieran motivos para mantenerlo internado. Además, este tribunal, de oficio, revisará el asunto a más tardar dos semanas después de haberse tomado la decisión de internamiento.

ITALIA

Reglamentación de la expulsión administrativa de extranjeros del territorio nacional en el Texto único de las disposiciones de inmigración y normas de extranjería

1. En el caso de que no sea posible la expulsión inmediata, el extranjero es internado en centros especiales de identificación y expulsión. En la actualidad existen 13 centros de este tipo en Italia.

— Los criterios para internar a una persona son los siguientes: el socorro a un extranjero, la verificación complementaria de su identidad o de su nacionalidad, la adquisición de documentos de viaje y la indisponibilidad de medios de transporte idóneos (art. 14, párr. 1).

— La duración total del internamiento no puede superar los 180 días. El internamiento inicial dura 30 días, que se pueden ampliar 30 días más por orden del juez o a petición del jefe de policía. En el caso de que el extranjero se niegue a obtener los documentos de viaje necesarios o se produzca un retraso, el jefe de policía puede solicitar al juez otra prórroga de 60 días, y en el supuesto de que esta situación se mantuviera se pueden añadir otros 60 días más (art. 14, párr. 5 y art. 1, párr. 22, letra I), modificado; Ley N.º 94/2009).

— Es competencia del juez autorizar la orden de internamiento en el plazo de 48 horas.

— La audiencia para la autorización se desarrolla en la sala, en la que deberá estar presente el asesor jurídico, previa notificación en tiempo y plazo. También se deberá haber informado al interesado en tiempo y plazo y se le acompañará al lugar en el que el juez presida la audiencia.

2. Las disposiciones generales aplicables son:

— La traducción de la disposición, incluso en forma resumida, a un idioma que pueda entender el interesado o, cuando no sea posible, al francés, al inglés o al español, dependiendo de la preferencia del interesado (artículo 14, párr. 2, del Texto único);

— La asistencia de un abogado de confianza;

— Patrocinio gratuito a cargo del Estado;

— La asignación por el juez de un defensor;

— La asistencia, cuando sea necesario, de un intérprete (artículo 14, párr. 94, del Texto único).

3. Durante el internamiento se garantiza a los extranjeros el respeto a sus derechos fundamentales, la libertad de comunicarse con sus visitas, su asesor jurídico y los clérigos y la libertad de comunicarse incluso por teléfono. También se les garantizan servicios sanitarios esenciales, programas de socialización y la libertad de culto. Asimismo, los extranjeros tienen derecho a recibir visitas de los familiares con quienes conviven, su defensor, clérigos, representantes diplomáticos y consulares y miembros de organismos y asociaciones que ofrezcan asistencia social (Decreto Presidencial N.º 394/1999, art. 21).

KUWAIT

Se ha de tener en cuenta que compete al Ministerio del Interior dar una opinión sobre estas cuestiones, puesto que es el órgano que administra y regula las prisiones.

LITUANIA

1. Cuando existan motivos para internar a un extranjero conforme a lo dispuesto en la ley, la policía o un funcionario de otra entidad encargada de hacer cumplir la ley tendrán derecho a internarlo durante un período máximo de 48 horas.

2. Los extranjeros podrán ser internados durante más de 48 horas por decisión de un tribunal. En este caso, los extranjeros ingresarán en el Centro de Registro de Extranjeros del Servicio de Guardia Fronteriza, que depende del Ministerio del Interior.

3. Los extranjeros menores de 18 años podrán ser internados solamente en casos excepcionales y velando siempre por su interés.

4. El Centro de Registro de Extranjeros sirve para alojar temporalmente a los extranjeros que hayan entrado o permanezcan ilegalmente en Lituania, así como a los extranjeros que hayan solicitado asilo en este país. El Centro realiza una investigación de la identidad y las circunstancias de la llegada de los extranjeros a Lituania y efectúa la devolución y expulsión de extranjeros de este país. El Centro puede albergar simultáneamente hasta 500 extranjeros, de los cuales 300 son migrantes ilegales y 200 solicitantes de asilo. Las personas alojadas en este Centro tienen derecho a recibir asistencia jurídica garantizada por el Estado, la atención médica gratuita que necesiten y servicios sociales y de otro tipo. La duración media del internamiento en este Centro de las personas a las que se va a expulsar es de aproximadamente dos meses.

MALASIA

1. Se podrá dictar una orden de destierro conforme al artículo 5 de la Ley N.º 79 contra una persona por parte del oficial encargado de la prisión en la que ésta se encuentre presa o por parte de un oficial superior de policía.

2. Por su parte, el artículo 6 de la Ley N.º 79 contempla el método de ejecución de la orden de destierro. El apartado 6.1 especifica que la orden de destierro podrá ejecutarse en cualquier momento una vez transcurridos 14 días desde la fecha de notificación de la orden de destierro. Para ello, el Ministro deberá expedir y firmar un mandamiento de ejecución.

3. En la Ley N.º 79 no se establece ningún plazo concreto de duración de la detención o el internamiento de la persona que va a ser expulsada. Sin embargo, el apartado 6.3 exige que la persona quede bajo la custodia de un oficial superior de policía y sea puesta en un medio de transporte adecuado para su traslado al país de su nacionalidad o a otro lugar que se indique en el mandamiento. Asimismo, el apartado 6.4 establece que todas las personas sujetas a destierro que se encuentren bajo la custodia

de un oficial superior de policía podrán ser trasladadas e internadas en una prisión o en otro lugar apropiado de Malasia hasta que se las expulse de la forma indicada en el apartado 6.3.

4. Conforme al artículo 34 de la Ley N.º 155, todas las personas a las que se ordene salir de Malasia podrán ser retenidas durante el período de tiempo que sea necesario con el fin de organizar su expulsión. Al igual que ocurre con la Ley N.º 79, no se fija ningún plazo concreto. Todas las personas detenidas podrán ser internadas en una prisión, una comisaría de policía o un centro de inmigrantes, o en cualquier otro lugar señalado a tal efecto por el Director General.

5. Además, el artículo 34 de la Ley N.º 155 establece que toda persona internada conforme a lo dispuesto en este apartado que recurra la orden de expulsión con arreglo al apartado 33.2 podrá ser puesta en libertad, por decisión discrecional del Director General, mientras se resuelve su recurso, siempre y cuando se cumplan las condiciones de seguridad u otras condiciones que éste considere apropiadas.

6. Sin embargo, con sujeción a la resolución de cualquier recurso interpuesto contra la expulsión de personas que permanezcan ilegalmente en Malasia conforme al artículo 33, todas las personas a las que se les ordene abandonar el país serán puestas a bordo de un buque o una aeronave adecuados por parte de un agente de policía o un funcionario de inmigración y podrán permanecer internadas a bordo de ese buque o aeronave mientras éstos se encuentren dentro de los límites de Malasia.

MALTA

Las personas objeto de una orden de alejamiento son retenidas en centros de internamiento designados por el Ministerio encargado de la inmigración. En Malta, según las normas del Gobierno, el período máximo de internamiento es de 18 meses.

MÉXICO

1. El artículo 209 del Reglamento de la Ley General de Población establece que cuando se asegura al extranjero en la estación migratoria en virtud de haber violado la Ley General de Población, se procede de la siguiente forma:

I. Se le practicará examen médico, mediante el cual se certificarán las condiciones psicofísicas del mismo;

II. Se le permitirá comunicarse con la persona que solicite, vía telefónica o por cualquier otro medio de que se disponga;

III. Se notificará de inmediato a su representante consular acreditado en México, y en caso de no contar con pasaporte se solicitará la expedición de éste o del documento de identidad y viaje;

IV. Se levantará inventario de las pertenencias que traiga consigo, mismas que se depositarán en el área establecida para ello;

V. Se procederá a su declaración mediante acta administrativa y en presencia de dos testigos, haciéndole saber los hechos que se le imputan, su derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; ello siempre y cuando la autoridad migratoria no lo hubiere declarado al momento de ser asegurado. En caso de ser necesario, se habilitará traductor para el desahogo de la diligencia.

2. Al momento de ser levantada el acta, se notificará al extranjero el derecho que tiene a nombrar representante o persona de su confianza que lo asista durante la misma; el extranjero o extranjera tendrá acceso al expediente que sobre el particular se integre;

VI. Se le proporcionará durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser necesario;

VII. Tendrá derecho a ser visitado durante su estancia por sus familiares, su representante o persona de su confianza;

VIII. Cuando se trate de aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables, y

IX. Al momento de ser autorizada la salida del extranjero o extranjera de la estación migratoria, se le devolverán todas las pertenencias que le hayan sido recogidas en su ingreso, excepto la documentación falsa que haya presentado.

3. El artículo 210 del mismo ordenamiento establece que la Secretaría de Gobernación, dependencia del ejecutivo federal a la que compete formular y conducir la política de población, así como tramitar lo relativo a la aplicación del artículo 33 de la Constitución, resolverá la situación de una persona sujeta a un proceso de expulsión, en un máximo de 15 días hábiles, debiendo notificarlo al interesado, personalmente, a través de su representante legal o por correo certificado con acuse de recibo.

NORUEGA

1. Las condiciones de la detención/internamiento se establecen en el artículo 106 de la Ley de inmigración:

Un extranjero podrá ser detenido y se podrá dictar orden de retención contra él si:

a) se niega a declarar su identidad o existen motivos fundados para sospechar que ha proporcionado una identidad falsa,

b) es altamente probable que no cumpla la decisión en la que se le exige abandonar el reino,

c) no hace lo necesario para cumplir la obligación de obtener un documento de viaje válido y la intención es presentar a ese extranjero ante la misión diplomática del país correspondiente para que emita un documento de viaje.

2. La orden de detención en virtud de lo dispuesto en los apartados *b* y *c* se puede imponer por un máximo de cuatro semanas cada vez. El tiempo de detención/internamiento no puede sobrepasar las 12 semanas (véase la Ley de inmigración, art. 106, tercer párrafo). Se pueden hacer excepciones si hay razones especiales para rebasar el límite de 12 semanas. En todos los casos de detención e internamiento sólo se pueden aplicar medidas coercitivas si existen motivos suficientes para ello. No podrán aplicarse cuando hacerlo constituiría una intervención desproporcionada dada la naturaleza del caso y otros factores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de inmigración. Esto significa que no se debe recurrir a la detención ni al internamiento si en su lugar se puede imponer la confiscación del pasaporte, una obligación de presentarse cuando se le indique o un domicilio concreto de conformidad con las disposiciones de los artículos 104 y 105.

NUEVA ZELANDIA

Deportación

1. Los delincuentes que se enfrenten a la deportación a raíz de una condena pueden ser deportados al terminar el encarcelamiento (así como la libertad condicional y el arresto domiciliario).

2. La orden de deportación debe dictarse dentro de los seis meses siguientes a la terminación del encarcelamiento o la fecha de la condena (si no hubo ingreso en prisión) (art. 93).

3. Con arreglo al artículo 97, la persona puede ser detenida sin mandamiento, retenida e internada por un plazo de hasta 48 horas (a la espera de su salida de Nueva Zelanda).

4. Si la persona ha de permanecer internada más de 48 horas, hay que solicitar un mandamiento de retención al magistrado del tribunal de primera instancia para que esa persona pueda seguir internada (art. 97).

5. Con un mandamiento de retención, la persona puede permanecer internada durante un plazo de 28 días a la espera de ser deportada de Nueva Zelanda. Si no se la puede expulsar dentro de ese plazo, se puede solicitar un nuevo mandamiento al magistrado del tribunal de primera instancia por plazos no superiores a siete días (art. 100).

6. Si no se expide el mandamiento en virtud del artículo 99, la persona será puesta en libertad pero con la condición de residir en una dirección especificada y presentarse cuando se le indique hasta que sea deportada de Nueva Zelanda (art. 101).

7. Los delincuentes que se enfrenten a la deportación a raíz de una condena pero no estén retenidos pueden quedar sujetos a la obligación de presentarse cuando se les indique y residir en un domicilio acordado hasta que sean deportados de Nueva Zelanda (art. 98).

8. Los delincuentes que se enfrenten a la deportación tienen derecho a recurrir ante el Tribunal de Examen de las Deportaciones (art. 104) para solicitar que se revoque la orden si se considera que sería «injusta o demasiado severa y que no iría en contra del interés público que la persona permaneciese en Nueva Zelanda» (art. 105, párr. 1).

9. Los delincuentes que se enfrenten a la deportación tienen derecho también a impugnar la legalidad de la orden de deportación ante el Tribunal Superior de Nueva Zelanda por conducto de la revisión judicial (Ley de modificación de la judicatura).

10. Las personas cuya deportación se haya ordenado por ser presuntos terroristas (en virtud del artículo 73) pueden recurrir la orden de deportación ante el Tribunal Superior (art. 81).

Revocación

11. Las personas a las que se les haya revocado el permiso de residencia con arreglo a los artículos 19 y 20 están obligadas a abandonar Nueva Zelanda inmediatamente.

12. Esas personas pueden recurrir ante el Tribunal de Examen de las Deportaciones para solicitar que se deje sin efecto la orden de revocación (art. 22) por motivos humanitarios, o recurrir ante el Tribunal Superior alegando como motivo que la decisión fue errónea (art. 21).

Expulsión de las personas que se encuentren ilegalmente en Nueva Zelanda

13. Esas personas pueden recurrir ante el Organismo de Examen de las Expulsiones (en virtud del artículo 47) contra la orden de que abandonen el país.

14. Las personas que se encuentren ilegalmente en Nueva Zelanda y contra las que se haya dictado una orden de expulsión (en virtud del artículo 53) pueden ser detenidas e internadas por un plazo de hasta 72 horas (a la espera de su salida de Nueva Zelanda).

15. Si una persona ha de permanecer internada durante más de 72 horas, hay que solicitar un mandamiento de detención al magistrado del tribunal de primera instancia para que esa persona pueda seguir internada (art. 60).

16. Con un mandamiento de detención, la persona puede permanecer internada durante un plazo de siete días a la espera de ser deportada de Nueva Zelanda. Si no se la puede expulsar dentro de ese plazo, se puede solicitar un nuevo mandamiento al magistrado del tribunal de primera instancia por plazos no superiores a siete días (art. 60).

17. Las personas internadas en virtud del artículo 128 pueden permanecer internadas hasta 48 horas (a la espera de su salida de Nueva Zelanda).

18. Si una persona ha de permanecer internada durante más de 48 horas, hay que solicitar un mandamiento de detención al secretario del tribunal de primera instancia (o al adjunto, en ausencia del secretario) para que esa persona pueda seguir internada (art. 128, párr. 7).

19. Con un mandamiento de detención, la persona puede permanecer internada durante un plazo de 28 días a la espera de ser deportada de Nueva Zelanda. Si no se la puede expulsar dentro de ese plazo, se puede solicitar una prórroga del mandamiento al magistrado del tribunal de primera instancia por plazos de hasta siete días, o superiores si el magistrado lo juzga necesario (art. 128, 13B)).

20. Esas personas pueden ser puestas en libertad en determinados casos (art. 128AA), pero con la condición de residir en una dirección especificada y presentarse cuando se les indique.

PERÚ

1. En el Perú, las diligencias de investigación por infracción a la Ley de extranjería son efectuadas por la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú, que respeta los derechos de las personas y, en este caso, los de los extranjeros que han infringido la Ley de extranjería. Esas personas no son privadas de libertad, quedando a la culminación del proceso administrativo en condición de citados. No existe en

el país un centro de reclusión para extranjeros que han infringido la Ley de extranjería.

2. La base normativa es la siguiente:

a) La Constitución Política:

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2, inciso 24

Toda persona tiene derecho: [...]

A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.

b) El Decreto Legislativo 703:

Artículo 55. Los extranjeros en el territorio de la República tienen los mismos derechos y obligaciones que los peruanos, con las excepciones que establecen la Constitución del Estado, la presente Ley y demás disposiciones legales de la República.

Artículo 73. Corresponde a la Dirección General de Gobierno Interior [actualmente la Dirección General de Migraciones y Naturalización], a propuesta de la Dirección de Migraciones y Naturalización, aplicar las sanciones que establece la presente Ley, y a la División de Extranjería de la Policía Nacional controlar el ingreso, permanencia y salida del país de extranjeros e investigar las infracciones migratorias, conforme a su Ley Orgánica y demás normas legales.

PORTUGAL

1. Una persona que haya sido internada por residir ilegalmente en el territorio nacional ha de ser conducida ante un magistrado antes de que transcurran 48 horas desde su detención, de acuerdo con lo establecido en el Código de procedimiento penal. Ante el tribunal, la persona internada tiene derecho a asistencia letrada y a un traductor si no puede comprender o hablar el idioma. Tiene derecho también a ser escuchada por el magistrado sobre la cuestión o a declinar ese derecho.

2. El internamiento en un centro de alojamiento temporal siempre se produce por decisión judicial y no puede superar los 60 días, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 146 de la Ley N.º 23/2007.

QATAR

1. El extranjero que sea objeto de una orden judicial de deportación o una orden de abandonar el país puede ser internado por un plazo de 30 días, que se puede prorrogar por otros 30. Ese precepto figura en el artículo 38 de la Ley que regula la entrada y la salida, la residencia y la invitación de extranjeros visitantes, en el que se dispone que el Ministro puede internar, según sea necesario, al extranjero que sea objeto de una orden judicial de deportación por un plazo de 30 días, que se puede prorrogar por otros 30.

2. El extranjero que sea objeto de una orden judicial de deportación que no se ejecute puede ser obligado a residir en un lugar determinado por un plazo de dos semanas, renovable. Ese precepto figura en el artículo 39 de

la Ley que regula la entrada y la salida, la residencia y la invitación de extranjeros visitantes, en la que se dispone que el Ministro puede ordenar al extranjero que sea objeto de una orden judicial de deportación que no se ejecute a residir en un lugar determinado por un plazo de dos semanas, renovable, en lugar de internarlo. Hasta que sea deportado, ese extranjero debe presentarse ante el departamento de seguridad encargado de ese lugar concreto con la periodicidad que se especifique en la orden dictada al respecto.

3. De conformidad con el artículo 76 de la Ley de 2009 que regula las instituciones penales y penitenciarias, se han designado lugares especiales para el internamiento de los extranjeros que vayan a ser deportados. En ese artículo se dispone que las personas que no sean nacionales de Qatar y vayan a ser deportadas deben ser mantenidas aisladas temporalmente dentro de la institución hasta que se ejecute la orden de deportación.

REPÚBLICA CHECA

1. Las normas para la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas por los tribunales, el internamiento de los infractores en espera de expulsión y la suspensión de las órdenes de expulsión figuran en el artículo 350b y siguientes del Código de procedimiento penal (Ley N.º 141/1961, enmendada).

2. Si el infractor condenado sigue en libertad y no hay peligro de que se dé a la fuga o de que obstruya de otro modo la ejecución de la orden de expulsión, el juez que conozca de la causa puede concederle tiempo razonable (no más de un mes) para poner en orden sus asuntos personales. A solicitud del infractor y con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 350b, párr. 3, este plazo puede prorrogarse repetidamente, hasta un máximo de 180 días a partir de la fecha en que la condena sea definitiva.

3. La ejecución de la orden de expulsión puede suspenderse si el infractor ha solicitado protección internacional en virtud de leyes especiales (Ley de asilo, N.º 325/1999) y la solicitud no es manifiestamente infundada (art. 350b, párr. 4), o si se ha concedido al infractor protección adicional en virtud del artículo 15a de la Ley de residencia de los extranjeros.

4. Si hay razones de peso para creer que el infractor puede darse a la fuga u obstruir de otro modo la ejecución de la orden de expulsión, el juez que conozca de la causa podrá ordenar el internamiento del infractor. El juez puede también decidir que el infractor quede en libertad bajo palabra, fianza o caución. De ser necesario, el juez puede pedir a la policía que retenga los documentos de viaje que sean necesarios para la ejecución de la orden de expulsión.

5. Las normas sobre la detención y la libertad bajo palabra, fianza o caución figuran en el capítulo 4, primera parte, del Código de procedimiento penal (arts. 67 a 74 a)).

6. Si el infractor se encuentra en prisión o en internamiento a la espera de su expulsión, su salida de la

República Checa es organizada por la policía, que se hace cargo del infractor en la prisión tras obtener la autorización del juez competente.

7. La policía puede detener a un extranjero de más de 15 años al que se haya comunicado el inicio de un proceso de expulsión administrativa o cuya orden administrativa de expulsión sea definitiva, si se sospecha que puede poner en peligro la seguridad nacional, alterar gravemente el orden público u obstruir o impedir la ejecución de una orden administrativa de expulsión, o si ya ha cometido actos de esa índole. Cuando es necesario detener a un extranjero menor no acompañado (de entre 15 y 18 años de edad), la policía debe designar a un tutor que garantice la protección de los derechos e intereses del extranjero.

8. Cuando la orden de detención es definitiva, la policía interna al extranjero en un centro de internamiento de extranjeros (los centros son establecidos y administrados por el Ministerio del Interior). La policía debe informar al extranjero inmediatamente, en un idioma en el que éste pueda comunicarse, de su derecho a solicitar una revisión judicial de la detención. El extranjero no debe ser internado durante más tiempo del estrictamente necesario. El período máximo de internamiento (calculado desde el momento de la detención) es de 180 días en el caso de los extranjeros de más de 18 años, y de 90 días en el de los extranjeros de menos de 18 años de edad.

9. Durante el período de internamiento deben realizarse los trámites necesarios para la salida del extranjero de la República Checa. Además, la policía debe cerciorarse periódicamente de que siguen siendo válidos los motivos del internamiento y, cuando dejen de serlo o si el tribunal cancela la orden de internamiento, el extranjero debe ser puesto en libertad. En el capítulo XII de la Ley de residencia de los extranjeros figuran normas detalladas sobre los derechos y deberes de los extranjeros internados y sobre las condiciones del internamiento.

REPÚBLICA DE COREA

1. Si resulta imposible repatriar inmediatamente a una persona que sea objeto de una orden de deportación, el jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros podrán internarla en una sala de internamiento de extranjeros, un centro de internamiento de extranjeros u otro lugar designado por el Ministro de Justicia hasta que sea posible repatriarla (artículo 63 de la Ley de control de la inmigración).

2. Sin embargo, en la Ley de control de la inmigración se prescribe que la duración del «internamiento» será de diez días o menos (artículo 52 de la Ley de control de la inmigración).

RUMANIA

1. En el caso de la expulsión, por regla general la orden se ejecuta después de que el extranjero ha cumplido una condena de prisión; cuando la pena impuesta es de multa, la orden se puede ejecutar inmediatamente.

2. Si la ejecución no es inmediata, el extranjero puede quedar bajo custodia de las autoridades e internado en un centro de alojamiento con las condiciones adecuadas para el internamiento de extranjeros. La duración máxima de ese internamiento en un centro es de dos años.

3. En el caso de la decisión de devolución de un extranjero, o de una declaración de que un extranjero es *persona non grata*, la decisión se ejecuta acompañando al extranjero a la frontera de Rumania (a un puesto fronterizo). Cuando la ejecución de esa decisión no es posible, la persona se pone bajo la custodia del Estado y se interna en un centro de alojamiento. Aunque la duración máxima de internamiento es de seis meses en los casos de devolución, en el caso de una *persona non grata* la medida de internamiento cesa cuando el extranjero es acompañado a la frontera o a su Estado de origen.

4. El internamiento en un centro de alojamiento constituye privación de libertad por cuanto esa instalación está cerrada y especialmente acondicionada, y es administrada por las autoridades de inmigración para el alojamiento temporal de los extranjeros puestos bajo la custodia del Estado.

5. En virtud del derecho a la seguridad en el caso de privación de libertad, las personas que son objeto de una orden de internamiento en un centro de alojamiento son inmediatamente informadas, en un idioma que hablen o comprendan, de los motivos de la orden y de sus derechos y obligaciones mientras estén alojadas en el centro. Al mismo tiempo, esa información les es comunicada por escrito por las autoridades del centro.

6. De conformidad con la ley, los centros de alojamiento cuentan con servicios para ofrecer condiciones adecuadas de vivienda, alimentación, atención médica (medicación gratuita) e higiene personal. Las personas alojadas en esos centros tienen derecho a asistencia letrada, atención médica y servicios sociales, y al respeto de su religión, creencias y valores culturales. Los menores internados en un centro de alojamiento tienen derecho a proseguir su educación, y tienen acceso gratuito a los niveles de educación obligatorios en Rumania.

7. En todo momento se garantiza la comunicación sin trabas con los agentes diplomáticos o consulares del Estado de origen acreditados en Rumania.

SERBIA

1. El extranjero contra quien se haya dictado la medida de protección consistente en el alejamiento o la medida de seguridad consistente en la expulsión y el extranjero que haya de ser devuelto en virtud de un tratado internacional será alejado inmediatamente por la fuerza. Excepcionalmente, y si resulta necesario para asegurar el alejamiento por la fuerza, el extranjero podrá ser detenido o internado en los espacios de la autoridad competente, pero por un plazo no superior a 24 horas.

2. A la detención/internamiento de un extranjero le son aplicables las disposiciones de la Ley de policía.

3. El extranjero al que no sea posible alejar por la fuerza inmediatamente y el extranjero cuya identidad no se haya

determinado o que no posea un documento de viaje, así como en otros casos previstos en la legislación, habrá de permanecer, bajo una supervisión policial reforzada, en el Centro de Internamiento de Extranjeros del Ministerio del Interior que se indique en la decisión de la autoridad competente.

4. El extranjero permanecerá en el Centro de Internamiento hasta que sea expulsado por la fuerza del país, pero no podrá estar en él más de 90 días. Expirado ese plazo, se podrá prolongar su estancia en el Centro en los casos siguientes: si no se ha determinado su identidad; si impide deliberadamente su alejamiento por la fuerza; si durante el procedimiento de alejamiento ha presentado una solicitud de asilo para evitar el alejamiento por la fuerza.

5. El tiempo total que puede permanecer en el Centro de Internamiento ha de ser inferior a 180 días.

6. El tiempo que pase el extranjero fuera del Centro de Internamiento, de la prisión o de la detención/internamiento no se incluye en el cómputo del tiempo de permanencia en el Centro de Internamiento.

SINGAPUR

Ley de inmigración

1. El marco legislativo para el internamiento de una persona que vaya a ser expulsada de Singapur por el Supervisor de Inmigración en virtud de la Ley de inmigración está previsto en el artículo 34 de esa Ley. Los aspectos principales de ese marco son los siguientes:

a) Esa persona podrá ser puesta en libertad a discreción del Supervisor si ha recurrido contra la orden de expulsión, hasta que se resuelva el recurso.

b) Mientras se resuelve el recurso interpuesto contra la orden de expulsión de Singapur, la persona contra la que se hubiese dictado podrá ser introducida en un buque, aeronave o tren adecuados por un agente de policía o un oficial de inmigración y podrá permanecer legalmente detenida a bordo de ese buque, aeronave o tren, mientras éstos se hallen dentro de los límites de Singapur.

c) Toda persona que sea internada de acuerdo con una orden de expulsión podrá serlo en cualquier prisión, comisaría de policía o centro de inmigrantes o en cualquier otro lugar designado por el Supervisor de Inmigración, como medida provisional, mientras las autoridades de inmigración organizan el viaje de la persona internada.

2. Además, toda persona con respecto a la cual resulte plausible creer que ha de ser expulsada de Singapur en virtud de la Ley de inmigración, podrá ser detenida e internada en cualquier prisión, comisaría de policía o centro de inmigrantes por un plazo no superior a 14 días hasta que se adopte la decisión de si se debe dictar una orden de expulsión contra ella (art. 35).

3. A las personas detenidas o internadas se les ofrecen productos y servicios básicos, entre ellos artículos para

la higiene personal, comida, agua y acceso a tratamiento médico. Las autoridades se aseguran también de que las personas que hayan de ser internadas se encuentren en un buen estado físico que permita el internamiento al ser recibidas en las instalaciones respectivas. Previa solicitud, las personas internadas o detenidas tienen acceso a asistencia letrada y consular.

4. La duración del internamiento depende de cada caso y en ella influyen factores diversos, entre los que cabe citar:

a) La emisión de un documento de viaje por parte del Estado de origen o de nacionalidad de la persona;

b) La disponibilidad de transporte al Estado de origen, el país de nacimiento o de nacionalidad o a cualquier lugar o puerto donde la persona sea admisible.

5. En su condición de parte contratante en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, la práctica de Singapur en esta cuestión se guía además por las normas y métodos recomendados en la 12.^a edición del anexo 9 (Facilitación) de ese Convenio, en las que se hace constar que durante el período en que una persona que va a ser deportada esté bajo la custodia de funcionarios del Estado, éstos deberán preservar la dignidad de dicha persona y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad.

Ley de destierro

6. El marco legislativo para el internamiento de una persona que vaya a ser desterrada o expulsada de Singapur en virtud de la Ley de destierro está establecido en los artículos 5 a 8 de esa Ley:

a) Esa persona será puesta en libertad si solicita al Tribunal Superior y obtiene de él que revoque la orden de destierro o expulsión por ser nacional de Singapur o una persona exenta (arts. 5 y 8; véase también el artículo 10).

b) En caso contrario, transcurrido un plazo de 14 días desde la notificación de la orden, la persona podrá ser embarcada en un buque u otro medio de transporte oportuno para efectuar el traslado o, si es necesario, ser recibida e internada en cualquier prisión u otro lugar adecuado de Singapur hasta que pueda ser trasladada (art. 6).

c) Una persona puede ser también puesta en libertad si el Ministro ordena dejar en suspenso la orden de destierro o expulsión, siempre que se cumplan determinadas condiciones (arts. 7 y 8).

7. En el artículo 9 de la Ley de destierro se dispone igualmente que, siempre que el Ministro considere, previa certificación de un médico colegiado, que una persona internada en virtud de esa Ley sufre trastornos mentales, podrá ordenar que sea conducida a un hospital psiquiátrico u otro lugar adecuado de retención en condiciones de seguridad dentro de Singapur, para permanecer internada y seguir tratamiento hasta que se certifique que ha dejado de sufrir trastornos mentales.

Ley de salud mental (atención y tratamiento) de 2008

8. El internamiento con arreglo a la Ley de salud mental (atención y tratamiento) de 2008 debe hacerse en una

institución psiquiátrica designada. A los no nacionales así internados se les concede el mismo tratamiento que a los nacionales internados en virtud de la Ley y se les reconocen sus derechos fundamentales, entre ellos el acceso a la asistencia letrada y consular.

SUDÁFRICA

El artículo 34, párr. 1, de la Ley de inmigración N.º 13 de 2002, enmendada, dispone lo siguiente:

Sin necesidad de una orden, un oficial de inmigración puede detener a un extranjero en situación ilegal o hacer que lo detengan y, con independencia de que sea detenido, deportarlo o hacer que lo deporten y, hasta su deportación, internarlo o hacer que lo internen de un modo y en un lugar que determine el Director General de Asuntos de Interior, a condición de que el extranjero en cuestión:

a) reciba una notificación por escrito de la decisión de deportarlo y de su derecho de recurrir esa decisión conforme a lo dispuesto en la Ley;

b) pueda en cualquier momento pedir a cualquier oficial que se ocupe de él que su internamiento a efectos de ser deportado sea confirmado por una orden judicial; de no obtenerse esa orden en un plazo de 48 horas desde la petición, el extranjero deberá ser puesto inmediatamente en libertad;

c) sea informado al ser detenido, o inmediatamente después, de los derechos enunciados en los dos apartados precedentes, cuando sea factible, viable y se disponga de posibilidades al efecto, en un idioma que entienda;

d) no continúe internado por más de 30 días civiles sin una orden judicial que, por motivos suficientes y fundados, prorrogue ese internamiento por un plazo adecuado, que no podrá ser superior a 90 días civiles; y

e) permanezca internado en condiciones que cumplan las normas mínimas prescritas para proteger su dignidad y los derechos humanos pertinentes.

SUECIA

La detención de extranjeros está regulada en los capítulos 10 y 11 de la Ley de extranjería.

Capítulo 10. Detención y supervisión de extranjeros

Detención

Artículo 1

Un extranjero que ha alcanzado la edad de 18 años podrá ser detenido si:

1. no está clara su identidad cuando llegue a Suecia o cuando solicite posteriormente un permiso de residencia y no se puede determinar con certeza que la identidad que ha declarado sea la correcta; y

2. no se puede evaluar de ningún modo el derecho del extranjero a entrar o permanecer en Suecia.

Un extranjero que ha alcanzado la edad de 18 años también podrá ser detenido si:

1. es necesario para permitir que se realice una investigación sobre su derecho a permanecer en Suecia;

2. hay posibilidades de que se rechace su entrada o se lo expulse en virtud del capítulo 8, artículos 1, 2 o 7; o

3. el propósito de la detención es ejecutar una orden de denegación de entrada o de expulsión.

Sólo podrá emitirse una orden de detención con arreglo al párrafo segundo, apartados 2 o 3, si, basándose en la situación personal y demás

circunstancias del extranjero, hay razones para suponer que, de no ser detenido, el extranjero huiría o cometería actos delictivos en Suecia.

Artículo 2

Un niño podrá ser detenido si:

1. es probable que se rechace su entrada con una orden de efecto inmediato en virtud del capítulo 8, artículo 6, o si el propósito de la detención es ejecutar una orden de denegación de entrada de efecto inmediato;
2. hay un riesgo evidente de que, de no ser detenido, huya y ponga en peligro con ello la ejecución de una orden que no tendría que demorarse; y
3. no es suficiente con ponerlo bajo supervisión conforme a las disposiciones del artículo 7.

Un niño también podrá ser detenido si:

1. el propósito de la detención es ejecutar una orden de denegación de entrada en casos distintos a los establecidos en el párrafo primero o ejecutar una orden de expulsión en virtud del capítulo 8, artículos 7 u 8; y
2. ha quedado demostrado, en un intento previo de ejecutar la orden, que no es suficiente con poner al niño bajo supervisión conforme a las disposiciones del artículo 7, párrafo segundo.

Artículo 3

Un niño no podrá ser separado de sus tutores como consecuencia de su detención o la de su tutor. Un niño que no tenga tutor en Suecia sólo podrá ser detenido si existen motivos excepcionales.

Artículo 4

Un extranjero no podrá estar detenido más de 48 horas a los efectos de una investigación realizada de conformidad con lo establecido en el artículo 1, párrafo segundo, apartado 1.

Por lo demás, un extranjero que haya alcanzado la edad de 18 años no podrá estar detenido por un período superior a las dos semanas, a menos que haya motivos excepcionales para ello. Sin embargo, si se ha emitido una orden de denegación de entrada o la expulsión, el extranjero podrá permanecer detenido durante un período máximo de dos meses, a menos que haya motivos excepcionales para un período más largo.

Artículo 5

Un niño no podrá estar detenido durante un período superior a las 72 horas o, si existen motivos excepcionales, por un período adicional de 72 horas.

Supervisión

Artículo 6

Con sujeción a las condiciones establecidas en el artículo 1, un extranjero que haya alcanzado la edad de 18 años podrá ser puesto bajo supervisión en lugar de ser detenido.

Artículo 7

Un niño podrá ser puesto bajo supervisión con sujeción a las condiciones establecidas en el artículo 2, párrafo primero, apartados 1 y 2.

También podrá ponerse a un niño bajo supervisión cuando se haya emitido una orden de denegación de entrada en casos distintos a los mencionados en el artículo 2, párrafo primero, o cuando se haya emitido una orden de expulsión con arreglo al capítulo 8, artículos 7 u 8.

Artículo 8

La supervisión significa que el extranjero está obligado a presentarse ante la autoridad policial de su localidad o ante la Junta de Inmigración de Suecia en determinados momentos. En la orden de supervisión también se podrá requerir al extranjero que entregue su pasaporte o cualquier otro documento de identidad.

Revisión de la detención y la supervisión

Artículo 9

Una orden de detención emitida en virtud del artículo 4, párrafo segundo, deberá revisarse en un plazo de dos semanas a contar de la fecha en que comenzó a ejecutarse. En los casos en que exista una orden de denegación de entrada o de expulsión, la orden de detención deberá revisarse en un plazo de dos meses a contar de la fecha en que comenzó a ejecutarse.

Una orden de supervisión deberá revisarse en un plazo de seis meses a contar de la fecha de la orden.

Si el extranjero permanece detenido o bajo supervisión, la orden deberá revisarse periódicamente dentro de los mismos plazos.

Una orden de detención o supervisión deberá anularse inmediatamente si ya no existe ningún motivo para mantenerla.

Artículo 10

Las órdenes de detención o supervisión expirarán si no se revisan dentro de los plazos previstos.

Artículo 11

Cada revisión de una orden de detención deberá estar precedida de una audiencia oral. Esto también se aplica a la revisión de las órdenes de supervisión, a menos que resulte evidente, a la luz de la naturaleza de la investigación o de otras circunstancias, que no es necesario celebrar una audiencia oral.

Las disposiciones que se aplican a las audiencias orales ante una autoridad gubernamental figuran en el capítulo 13, artículos 1 a 8. Las disposiciones relativas a las audiencias orales ante un tribunal se establecen en el capítulo 16.

En los casos de detención tramitados por el Gobierno, el ministro responsable del caso conforme a esta Ley, o el funcionario designado por él, podrá ordenar una audiencia oral y mandar a un tribunal de inmigración que la celebre. Las disposiciones del capítulo 13 se aplican a la audiencia, si procede. Un representante del Gobierno deberá asistir a la audiencia oral. El Gobierno podrá ordenar que en la audiencia, además del extranjero, se escuche también a otras personas. En cambio, en los casos relativos a la seguridad, la tarea de celebrar una audiencia oral puede encomendarse al Tribunal Superior de Inmigración.

Autoridades encargadas de la adopción de decisiones

Artículo 12

Las decisiones sobre la detención o supervisión son adoptadas por la autoridad o el tribunal que se ocupe del caso.

Si a un extranjero que ha sido detenido o puesto bajo supervisión se le deniega la entrada o se lo expulsa, la autoridad o tribunal que tome esta decisión deberá examinar si el extranjero debe o no permanecer detenido o bajo supervisión.

Artículo 13

La autoridad policial es la encargada de tramitar el caso:

1. desde el momento en que un extranjero solicita autorización para entrar en el país hasta el momento en que un caso que deba ser examinado por la Junta de Inmigración de Suecia sea recibido por ésta, o hasta que el extranjero haya abandonado el país; y
2. desde el momento en que la autoridad recibe una orden de denegación de entrada o de expulsión para su ejecución hasta el momento en que es ejecutada, incluso si el caso es objeto de examen en virtud del capítulo 12, artículos 18 a 20, pero no durante el tiempo en que la orden no haya podido ser ejecutada por haberse suspendido su ejecución.

Artículo 14

La Junta de Inmigración de Suecia es la encargada de tramitar el caso:

1. desde el momento en que recibe un caso que le corresponde examinar hasta el momento en que adopta una decisión o hasta que

el extranjero haya abandonado el país o la autoridad policial haya recibido el caso o, si se presenta una apelación, hasta el momento en que haya sido recibida por el tribunal de inmigración o el Tribunal de Apelaciones sobre Inmigración; y

2. desde el momento en que recibe una orden de denegación de entrada o de expulsión para su ejecución hasta el momento en que ha sido ejecutada o el caso haya sido remitido a la autoridad policial.

La Junta de Inmigración de Suecia es la encargada de tramitar los casos en que se hayan emitido órdenes de ejecución con efecto inmediato, incluso si éstas han sido recurridas, hasta el momento en que el tribunal emita una orden de suspensión de la ejecución.

Artículo 15

El Gobierno es el encargado de tramitar el caso cuando haya sido recibido por el ministerio responsable de la preparación del caso.

Las decisiones sobre las cuestiones relativas a la detención y la supervisión son adoptadas por el ministro del Gobierno responsable del caso. El Gobierno no podrá tomar la decisión de detener o mantener detenida a ninguna persona ni de poner a nadie bajo supervisión. Sin embargo, el Gobierno podrá anular una orden de detención o supervisión.

En los casos en que pueda emitirse una orden de suspensión de la ejecución de conformidad con el capítulo 12, artículos 11, párrafo primero, 12 o 20, el Gobierno no podrá ser la autoridad responsable de la tramitación del caso hasta que no se haya emitido una orden de suspensión de la ejecución.

Artículo 16

En los casos relativos a la seguridad, el Tribunal de Apelaciones sobre Inmigración es la autoridad encargada de tramitar el caso desde el momento en que lo recibe hasta que llega al ministerio responsable de la preparación del caso.

Artículo 17

Una autoridad policial, aunque no sea la encargada de tramitar el caso, podrá tomar la decisión de detener a un extranjero o ponerlo bajo supervisión si no se dispone de tiempo para esperar una orden de la autoridad encargada de la tramitación del caso. Esa decisión deberá notificarse sin demora a la autoridad encargada de tramitar el caso, la cual examinará inmediatamente si mantiene en vigor la decisión sobre la detención o la supervisión.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de policía (1984:387), un agente de policía podrá poner a un extranjero bajo custodia en determinados casos mientras se espera la decisión de la autoridad policial sobre la detención.

Si un extranjero está siendo sometido a controles con la asistencia del Servicio de Aduanas de Suecia o la Guardia Costera de Suecia o con la ayuda de un oficial de control de pasaportes asignado especialmente a esa labor, el funcionario de aduanas, el oficial de la Guardia Costera de Suecia y el oficial de control de pasaportes tendrán el mismo derecho a poner al extranjero bajo custodia que el que corresponde al agente de policía en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del presente artículo. La custodia deberá comunicarse lo antes posible a un agente de policía para que examine si se debe o no mantener en vigor la medida.

Disposiciones generales sobre la ejecución de las órdenes de detención

Artículo 18

La Junta de Inmigración de Suecia es responsable de la ejecución de las órdenes de detención.

Artículo 19

Cuando así lo solicite la autoridad o el tribunal que haya emitido una orden de detención, la autoridad policial deberá prestar la asistencia necesaria para ejecutar la orden.

Si la Junta de Inmigración de Suecia así lo solicita, la autoridad policial también deberá prestar la asistencia necesaria para trasladar a un extranjero que se encuentre detenido.

Artículo 20

La Junta de Inmigración de Suecia podrá ordenar que un extranjero que esté detenido sea ingresado en una institución penitenciaria, un centro de detención preventiva o un centro de detención de la policía si:

1. ha sido expulsado por cometer un delito con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 8, artículo 8;

2. está incomunicado en virtud de lo dispuesto en el capítulo 11, artículo 7, y, por motivos de seguridad, no se lo puede mantener en las instalaciones especiales a que se hace referencia en el capítulo 11, artículo 2, párrafo primero; o

3. hay otros motivos excepcionales.

Los niños que se encuentren detenidos no podrán ser ingresados en instituciones penitenciarias, centros de detención preventiva o centros de detención de la policía.

Capítulo 11. Trato dispensado a los extranjeros detenidos

Artículo 1

Un extranjero que se encuentre detenido será tratado con humanidad y se respetará su dignidad.

Las actividades relacionadas con la detención se organizarán de tal manera que vulneren lo menos posible la integridad y los derechos del extranjero.

Artículo 2

Un extranjero que se encuentre detenido en virtud de esta Ley deberá permanecer en instalaciones especialmente acondicionadas para ese fin. La Junta de Inmigración de Suecia es el órgano responsable de esas instalaciones.

La Junta de Inmigración de Suecia es responsable del trato y la supervisión de los extranjeros que se encuentren detenidos.

Las partes pertinentes de la Ley sobre el trato de las personas detenidas y arrestadas (1976:371) se aplican al trato dispensado a un extranjero que ha sido ingresado en una institución penitenciaria, un centro de detención preventiva o un centro de detención de la policía en virtud del capítulo 10, artículo 20, de la presente Ley. Además de lo dispuesto en aquella Ley, se deberá conceder al extranjero las facilidades y los privilegios que quepa permitir teniendo en cuenta el buen orden y la seguridad de la institución, el centro de detención preventiva o el centro de detención de la policía.

Artículo 3

Se dará al extranjero que se encuentre detenido la oportunidad de realizar ciertas actividades, como actividades de esparcimiento y entretenimiento físico, y de pasar tiempo al aire libre.

Artículo 4

Un extranjero que se encuentre detenido podrá recibir visitas y tener contacto con otras personas fuera de las instalaciones, excepto si las visitas o los contactos representasen un obstáculo para las actividades relativas a la detención en un caso determinado.

De ser necesario por razones de seguridad, las visitas podrán someterse a vigilancia. Una visita realizada por un defensor público o un abogado que sea miembro del Colegio de Abogados de Suecia únicamente podrá ser vigilada si el defensor o el abogado lo solicitan personalmente.

Artículo 5

Un extranjero que se encuentre detenido tendrá acceso al mismo nivel de atención de la salud y de atención médica que una persona que haya solicitado un permiso de residencia en virtud del capítulo 4, artículos 1 o 2, aunque el extranjero no haya solicitado dicho permiso.

Si un extranjero que se encuentre detenido necesita atención hospitalaria durante el período de detención, se le dará la oportunidad de recibir esa atención.

El jefe de operaciones del hospital donde se esté tratando al extranjero se asegurará de que la Junta de Inmigración de Suecia o la persona a cargo de las instalaciones en las que se mantiene al extranjero sea informada de inmediato en caso de que el extranjero manifieste su deseo de salir del hospital o ya lo haya abandonado.

Artículo 6

A un extranjero que se encuentre detenido se le podrá impedir que salga de las instalaciones en que permanezca detenido y se le podrá restringir su libertad de movimiento cuando sea necesario para lograr el objetivo por el que está detenido o para mantener el buen orden y la seguridad en las instalaciones.

También podrá restringirse la libertad de movimiento de un extranjero si representa un grave peligro para sí mismo o para otras personas.

Artículo 7

Un extranjero que se encuentre detenido y haya alcanzado la edad de 18 años podrá estar en confinamiento aislado de otros detenidos si se considera necesario para el buen orden y la seguridad de las instalaciones o si representa un grave peligro para sí mismo o para otras personas.

La decisión de mantener a alguien incomunicado incumbe a la Junta de Inmigración de Suecia. La decisión se revisará siempre que haya motivos para hacerlo, pero como mínimo cada tres días.

Un extranjero que esté incomunicado por representar un peligro para sí mismo deberá ser examinado por un médico lo antes posible.

Artículo 8

Un extranjero que esté detenido no podrá poseer, sin permiso, bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras ni ninguna otra cosa que pueda dañar a alguien o ser perjudicial para el mantenimiento del buen orden en las instalaciones.

Artículo 9

Si existen motivos razonables para sospechar que un extranjero que se encuentre detenido lleva consigo algo que no se le permite tener en virtud del artículo 8 o de la Ley penal de estupefacientes (1968:64), podrá practicarse un registro personal del extranjero para comprobarlo.

Cuando se practique un registro personal se aplicarán las disposiciones del capítulo 9, artículo 2, párrafos tercero y cuarto.

Artículo 10

Un extranjero que se encuentre detenido no podrá recibir correo sin que sea examinado primero si existen motivos razonables para sospechar que contiene algo que no le está permitido tener en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 o en la Ley penal de estupefacientes (1968:64).

Si el extranjero no permite que se abra un artículo de correo en su presencia, el artículo será retenido en nombre del extranjero, pero no podrá abrirse.

No podrá examinarse el contenido escrito de cartas u otros documentos. Nunca podrá examinarse el correo que provenga de defensores públicos, abogados que sean miembros del Colegio de Abogados de Suecia, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados u otros organismos internacionales que tengan competencia para examinar denuncias de personas.

Artículo 11

Si se encuentran bienes cuya posesión esté prohibida en virtud del artículo 8 o de la Ley penal de estupefacientes (1968:64) en las instalaciones en que se encuentre detenido un extranjero o entre los artículos que éste lleve consigo, esos bienes serán retenidos.

Si hay motivos para suponer que un extranjero ha cometido un delito por estar en posesión de dichos bienes o por recibirlos, o si se desconoce quién es su propietario, los bienes deberán ser entregados inmediatamente a la policía.

En los demás casos los bienes se retendrán en nombre del extranjero.

Artículo 12

Los bienes que se hayan retenido en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, párrafo segundo, o del artículo 11, párrafo tercero, se devolverán al extranjero cuando haya expirado la orden de detención.

Artículo 13

Un extranjero que se encuentre detenido tiene derecho al subsidio diario y a la prestación especial a que se hace referencia en los artículos 17 y 18 de la Ley de acogida de los solicitantes de asilo (1994:137).

SUIZA

1. En Suiza, el internamiento administrativo en relación con la legislación de extranjería entra dentro de tres categorías: detención en la fase preparatoria (Ley federal sobre los extranjeros, de 16 de diciembre de 2005, art. 75, *Recueil systématique du droit fédéral* (RS 142.20)), detención a la espera de la devolución o expulsión (art. 76) y detención por insumisión (art. 78).

Detención en la fase preparatoria

2. Con la detención en la fase preparatoria se asegura la ejecución de la devolución. Mientras se prepara una decisión sobre la residencia de un extranjero que carezca de permiso de estancia corta, de residencia o de residencia permanente, se puede ordenar la detención en la fase preparatoria por un plazo de hasta seis meses, si la persona:

a) Se niega, durante el procedimiento de asilo o devolución, a desvelar su identidad, presenta varias solicitudes de asilo utilizando identidades diversas, incumple una orden de comparecencia repetidamente o sin razones valederas o hace caso omiso de otras instrucciones impartidas por las autoridades en relación con el procedimiento de asilo;

b) Abandona la región designada o entra en una zona prohibida;

c) Cruza la frontera de Suiza a pesar de una prohibición de entrar y no puede ser devuelta inmediatamente;

d) Presenta una solicitud de asilo después de haber sido devuelta (tras la revocación firme o la no renovación de un permiso) por menoscabar o poner en peligro la seguridad pública o el orden público o por representar una amenaza para la seguridad interna o externa;

e) Presenta una solicitud de asilo después de la expulsión;

f) Permanece ilegalmente en Suiza y presenta una solicitud de asilo con la intención manifiesta de evitar la ejecución inmediata de la orden de devolución o expulsión. Se presumirá esa intención cuando, habiendo sido posible y razonable presentar la solicitud de asilo antes, se presente en un momento cronológicamente muy cercano a la detención, a un procedimiento penal, a la ejecución de una pena o a la promulgación de una orden de devolución;

g) Es enjuiciada penalmente por suponer una amenaza grave contra otras personas o poner gravemente en peligro su vida o su integridad física, o es declarada culpable de ello;

h) Ha sido condenada por un delito.

Detención a la espera de la devolución o expulsión

3. Después de que se haya notificado una orden de devolución o expulsión, dictada en primera instancia, la autoridad competente podrá detener a la persona en cuestión para asegurar la ejecución de la orden si esa persona ya había estado detenida durante la fase preparatoria. También se podrá notificar la detención a la espera de la deportación si:

- a) La persona abandona la región designada o entra en una zona prohibida;
- b) Cruza la frontera de Suiza a pesar de una prohibición de entrar y no puede ser devuelta inmediatamente;
- c) La persona es enjuiciada penalmente por suponer una amenaza grave contra otras personas o poner gravemente en peligro su vida o su integridad física, o es declarada culpable de ello;
- d) La persona ha sido condenada por un delito;
- e) La Oficina Federal de Migración ha adoptado una decisión por la que se deniegue la entrada en relación con el asilo;
- f) Pruebas concretas o el comportamiento de la persona conducen a la conclusión de que se niega a cumplir las instrucciones de las autoridades;
- g) La decisión de devolución relacionada con el asilo se notifica en un centro de registro.

4. La detención a la espera de la deportación no puede durar más de tres meses conforme a la legislación en vigor, pero si existen obstáculos concretos que impidan la ejecución de la orden de devolución o expulsión puede ser prorrogada por un máximo de 15 meses en el caso de los adultos, a condición de que se obtenga la aprobación de las autoridades judiciales. Se puede prorrogar por un máximo de nueve meses para los menores de entre 15 y 18 años de edad. La decisión de ordenar la detención a la espera de la deportación la adoptan las autoridades cantonales. La Confederación sólo es competente para ordenar 20 días de detención en casos de asilo si el centro de registro adopta la decisión de no permitir la entrada.

Detención por insumisión

5. Si el extranjero no ha obedecido la orden de abandonar Suiza en el plazo establecido y la orden firme de devolución o expulsión no puede ser ejecutada debido a su comportamiento, podrá ser detenido para asegurar que realmente abandone el país.

6. Por su propia naturaleza, la detención por insumisión es subsidiaria con respecto a la detención a la espera de la deportación y otras medidas menos coercitivas que lograrían el objetivo pretendido. Inicialmente se puede ordenar por un mes y prorrogar por otros dos, a condición de obtener el acuerdo de la autoridad judicial, si la persona sigue negándose a cambiar de actitud y a abandonar el país. La

duración máxima de la detención por insumisión es de 18 meses para los adultos y de 9 meses para los menores de entre 15 a 18 años de edad.

7. Además de los tres tipos de internamiento administrativo, en la legislación se establece la posibilidad de detención durante tres días (notificación de la orden y determinación de la identidad o nacionalidad) y detención a la espera de la deportación durante un máximo de 60 días en casos de falta de cooperación para obtener los documentos de viaje. Además, se puede designar a la persona un lugar de residencia y prohibirle penetrar en una zona determinada si perturba la seguridad y el orden públicos o amenaza con perturbarlos o no respeta el plazo establecido para abandonar el país.

8. En Suiza, los cantones son los encargados de ejecutar las órdenes de devolución o expulsión. Por ese motivo, son las autoridades del cantón que ejecuta la devolución o expulsión quienes ordenan las medidas coercitivas. Los cantones garantizan que se notifique a una persona que se encuentre en Suiza, designada por quien haya sido internado. La persona internada puede reunirse y comunicarse con su representante legal.

9. La detención administrativa debe tener lugar en instalaciones adecuadas y se han de tomar las precauciones necesarias para no agrupar a las personas que van a ser devueltas con personas en detención preventiva o que cumplan condena. En la medida de lo posible, las personas internadas deben poder realizar actividades adecuadas. En un plazo de 96 horas, una autoridad judicial, previa vista oral, examina la legalidad y adecuación de la detención. Al examinar la decisión de dictar, prorrogar o revocar una orden de detención, la autoridad judicial tiene en cuenta la situación familiar del detenido y las condiciones de ejecución de la detención. En ningún caso se podrá emitir una orden de detención previa a la devolución o expulsión de niños y adolescentes menores de 15 años de edad.

10. La detención en la fase preparatoria, la detención a la espera de la deportación y la detención por insumisión no pueden durar más de 24 meses en total. La detención de menores de entre 15 y 18 años de edad no puede durar más de 12 meses en total. Además, la autoridad competente debe adoptar sin demora una decisión con respecto al derecho de residencia de una persona sometida a detención administrativa (principio de celeridad).

3. Si una persona expulsada ilegalmente tiene derecho a regresar al Estado autor de la expulsión¹

ALEMANIA

1. Esta situación sólo es posible en el caso de que la decisión de expulsión aún no sea definitiva y absoluta y haya quedado de manifiesto, durante un procedimiento principal realizado en el extranjero, que la expulsión era ilícita.

2. Una expulsión definitiva y absoluta (es decir, una expulsión contra la cual el extranjero no interpuso recurso de apelación en el plazo establecido) constituye también

¹ Véase también la sección A.5 *supra*.

un motivo de prohibición de entrada o residencia si es lícita; el derecho a regresar sólo existe si los efectos de la expulsión están limitados en el tiempo (lo cual, según la legislación de Alemania, se produce regularmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, párrafo primero, tercera oración, de la Ley de Residencia), ese plazo ha vencido y existen fundamentos jurídicos para el reingreso al país (por ejemplo, la emisión de un visado).

3. Este principio se aplica siempre a menos que la expulsión sea nula y sin valor; por ejemplo, si contiene un error especialmente grave y manifiesto. Si el recurso de apelación se interpone en el plazo fijado y se resuelve a favor del apelante, la expulsión se revoca. Si el apelante tenía un permiso de residencia que quedó anulado a raíz de la expulsión, podrá reclamarlo, lo cual le permitiría volver a entrar en el país.

ANDORRA

Si, después de la revisión administrativa o judicial, se decide que la orden de expulsión no era conforme con la legislación, la situación jurídica de la persona en cuestión vuelve a ser la que era inmediatamente antes de la adopción de la medida de expulsión y, en consecuencia, la persona puede entrar en Andorra.

ARMENIA

El alejamiento ilegal de un extranjero no puede servir de motivo para denegarle el visado de entrada. Si una decisión de expulsión es recurrida y el tribunal de apelación revoca la decisión del tribunal inferior, al extranjero se le restablecen todos los derechos que tenía antes de la decisión inicial de expulsión.

BELARÚS

1. La Constitución de la República de Belarús establece el derecho de todas las personas afectadas a dirigirse a los tribunales, de conformidad con el procedimiento establecido, para defender los derechos que se han vulnerado o cuestionado o los intereses protegidos por la ley.

2. De conformidad con la Ley de extranjería, un extranjero o sus representantes pueden apelar una decisión de expulsión dictada por un órgano estatal ante un órgano superior o un tribunal en los 30 días siguientes a la notificación de la decisión. Sin embargo, cabe señalar que, en virtud de la nueva Ley de extranjería, sólo puede revisarse judicialmente la decisión de expulsión dictada por un órgano estatal si se interpone antes un recurso de apelación ante un órgano superior. La apelación debe realizarse ante el órgano estatal superior en el mes siguiente a la notificación de la decisión.

3. Las órdenes de expulsión deben anularse si existen circunstancias que indiquen que la expulsión es ilícita o no está justificada.

4. De conformidad con el Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos, la persona contra la que se dicta una orden de deportación, su representante o abogado defensor y el fiscal están facultados para presentar una apelación ante un órgano superior o un tribunal

en los cinco días siguientes a la recepción de la copia de la orden y en las 24 horas siguientes a la notificación si la orden se dicta en presencia del interesado. Además, la decisión pronunciada en apelación por un órgano superior puede ser revisada por un tribunal a instancia de las personas mencionadas o del fiscal, y la decisión del tribunal sobre la apelación puede ser revisada por el presidente de un tribunal superior en un plazo de seis meses desde que empiece a surtir efecto la orden de deportación.

5. Las órdenes de deportación se anulan si se establece que hubo parcialidad, incumplimiento de los requisitos exigidos o investigación sesgada de los hechos en relación con una infracción administrativa; violación sustantiva del Código de procedimiento y ejecución de actos administrativos; o aplicación incorrecta de las normas que establecen la responsabilidad administrativa. Además, las órdenes de deportación pueden anularse o enmendarse si la sanción administrativa impuesta no se corresponde con la gravedad de la infracción administrativa cometida.

6. La anulación de las órdenes de deportación o expulsión implica la revocación de las restricciones asociadas a la prohibición de entrada de los extranjeros afectados en Belarús. Por consiguiente, se eliminará su nombre de la lista de personas que tienen prohibida la entrada en Belarús o consideradas *personae non gratae*, de modo que tendrán derecho a regresar al país.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

1. De acuerdo con la Ley de extranjería y asilo, se puede interponer recurso contra la decisión de expulsar a un extranjero de Bosnia y Herzegovina ante la sede del Ministerio de Seguridad, en un plazo de ocho días a contar desde que se reciba. El recurso dejará en suspenso la ejecución de la decisión. El Ministerio de Seguridad (en su sede) decidirá sobre el recurso y notificará sin demora su decisión a la parte en un plazo máximo de 15 días desde el día en que se recibió el recurso.

2. Hasta que la decisión se haga ejecutable, el extranjero no podrá ser alejado de Bosnia y Herzegovina. Podrá imponérsele una supervisión o una limitación de movimientos a una determinada zona o localidad u ordenársele que se presente a intervalos indicados ante la dependencia orgánica del Departamento de Extranjería del territorio en el que resida.

3. Sólo se puede alejar al extranjero de Bosnia y Herzegovina una vez que la decisión de expulsión se haya hecho ejecutable. Interponer una acción civil no tiene efectos suspensivos y no dejará en suspenso la ejecución de la decisión de expulsión. Si el tribunal competente en la acción civil anula la decisión de expulsión y no se vuelve a decretar una nueva medida de expulsión en un procedimiento renovado siguiendo las instrucciones del tribunal en la sentencia, queda sin efectos jurídicos para el extranjero la anterior prohibición de entrar o permanecer en Bosnia y Herzegovina por el tiempo definido en la decisión en primera instancia.

CHINA

En China no se ha producido ningún caso de expulsión ilegal de extranjeros.

CROACIA

Si la decisión de expulsión ha sido revocada, el extranjero tiene derecho a volver a entrar en Croacia y permanecer en el país con arreglo a las condiciones generales de entrada y residencia de los extranjeros.

EL SALVADOR

1. De conformidad con el artículo 5 de la Constitución de la República, «[t]oda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca».

2. Al respecto, las limitaciones incluyen:

a) *Participación en política interna*: según el artículo 97, segundo párrafo, de la Constitución de la República, «[l]os extranjeros que directa o indirectamente participen en la política interna del país pierden el derecho a residir en él».

b) *Orden judicial*: el artículo 60 del Código penal establece que «[l]a pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros comprende la salida forzosa inmediata del territorio nacional luego de cumplida la pena principal y la prohibición de reingresar al mismo, en un máximo de cinco años siguientes, a criterio del juez».

c) El artículo 2 de la Ley de extranjería dispone que «[t]oda persona tiene libertad de entrar en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que en esta Ley se establezcan».

d) El artículo 4 de la Ley de migración establece que «[e]l Ministerio del Interior podrá cerrar las entradas marítimas, aéreas o terrestres y prohibir la entrada y salida de extranjeros, cuando las necesidades nacionales así lo exijan».

ESLOVAQUIA

1. En el artículo 61 de la Ley de extranjería se establece la posibilidad de revocar la prohibición de entrar en el territorio de Eslovaquia impuesta a los extranjeros objeto de expulsión administrativa que presenten una prueba de haber abandonado Eslovaquia dentro del plazo fijado en la decisión del departamento de policía o conforme al régimen de regreso voluntario.

2. Además, en esa disposición de la Ley de extranjería se establece la posibilidad de que entren en Eslovaquia mediante un permiso individual de entrada los extranjeros que hayan sido objeto de expulsión administrativa o de la prohibición de entrar. Los extranjeros que hayan sido objeto de expulsión administrativa pueden entrar en el territorio de Eslovaquia en las circunstancias excepcionales que se indican a continuación:

a) Por motivos humanitarios, en particular el fallecimiento de su pareja o para visitarla cuando se encuentre gravemente enferma; o

b) Si la estancia del extranjero redundaría en el interés de Eslovaquia y no se puede resolver la cuestión en el extranjero.

3. En los casos mencionados, la decisión de conceder el permiso para entrar en Eslovaquia es adoptada por la Oficina de Policía de Fronteras y Extranjería del Ministerio del Interior.

4. Los ciudadanos de los países del EEE o los nacionales de terceros países con estatus preferencial pueden solicitar que se revoque la decisión de expulsión administrativa basándose en pruebas que confirmen que han cambiado decisivamente las circunstancias que condujeron a su expulsión administrativa y a la determinación de prohibirles la entrada. La Oficina de Policía de Fronteras y Extranjería resolverá sobre esa solicitud en un plazo de 180 días desde que la reciba.

5. Si queda demostrado que la expulsión del extranjero del territorio de Eslovaquia fue ilegal (revisión de la decisión de expulsión administrativa por parte del departamento de policía, fallo judicial en el que se revoque la decisión de expulsión administrativa en su totalidad), el extranjero puede entrar en el territorio de Eslovaquia, siempre que cumpla las condiciones enunciadas en la Ley de extranjería.

ESTADOS UNIDOS

1. Si bien los Estados Unidos se esfuerzan por garantizar que todo alejamiento se lleve a cabo con estricta observancia del derecho, pueden producirse errores esporádicos. Si ello sucede, la posibilidad de que la persona regrese a los Estados Unidos dependerá de los hechos y las circunstancias particulares del caso. Si las autoridades estadounidenses determinan que el alejamiento de un no ciudadano no se ha producido de conformidad con la ley y el afectado tenía derecho a residir en los Estados Unidos, pueden tomar medidas para facilitar su regreso al país, por ejemplo mediante la emisión de un permiso de viaje. Sin embargo, en los casos en que el alejamiento de un no ciudadano sin derecho previo a residir en los Estados Unidos no se ejecuta con arreglo a la ley es menos probable que se facilite el regreso de la persona. Además, los no ciudadanos que vuelven a entrar ilegalmente en los Estados Unidos tras un alejamiento tienen capacidad limitada para impugnar la decisión inicial de alejamiento¹.

2. En general, antes de su alejamiento de los Estados Unidos, los no ciudadanos pueden acogerse a un proceso de revisión administrativa y judicial que tiene en cuenta los hechos y las circunstancias del caso. Algunos no ciudadanos, como los que son interceptados por las autoridades a su llegada a los Estados Unidos (o poco después), los condenados por delitos especialmente graves y los previamente expulsados de los Estados Unidos, pueden ser objeto de alejamiento mediante un procedimiento abreviado. Sin embargo, al igual que en el proceso normal de revisión administrativa y judicial, en esos procedimientos abreviados se respetan las obligaciones de no devolución que incumben a los Estados Unidos mediante el examen de esas categorías de no ciudadanos para determinar las posibles solicitudes legítimas de protección humanitaria de inmigrantes con arreglo a las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del Protocolo sobre el estatuto de

¹ Véase el caso *Morales-Izquierdo v. Gonzales*, 486 *Federal Reporter*, 3d 484, 498 (9.º Circuito 2007) (juicio plenario).

los refugiados y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (véase, por ejemplo, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 235 b) 1) A) ii); 8 USC § 1225 b) 1) A) ii) (en que se establece un procedimiento en caso de «temor fundado» para no ciudadanos recién llegados a los que, de lo contrario, se les aplicaría un procedimiento acelerado de alejamiento por fraude o falta de documentos válidos de inmigración) y Código de reglamentos federales, 8 CFR §§ 208.31 y 1208.31 (en que se establece un procedimiento en caso de «temor razonable» para no ciudadanos que podrían ser objeto de un procedimiento acelerado de alejamiento por haber sido condenados por un «delito grave» y los no ciudadanos que hayan vuelto a entrar ilegalmente en los Estados Unidos tras un alejamiento anterior)).

3. Por lo que respecta a las personas a las que no se aplica el procedimiento abreviado, los procesos administrativos y judiciales de los Estados Unidos para decidir si un no ciudadano puede ser objeto de alejamiento o quedar exonerado de esa medida comprenden audiencias administrativas y un examen del caso por jueces de inmigración, una Junta de Apelaciones de Inmigración, tribunales de apelación de circuito y la Corte Suprema de los Estados Unidos. Las disposiciones legislativas que regulan el alcance de los procedimientos administrativos y la revisión judicial figuran en la Ley de inmigración y nacionalidad (arts. 240 y 242; 8 USC §§ 1229 a) y 1252). Los no ciudadanos no pueden ser expulsados hasta que los procedimientos administrativos hayan concluido. Los no ciudadanos sobre los que pese una orden administrativa de alejamiento que deseen presentar un recurso judicial pueden hacerlo desde otro país o pueden solicitar una orden judicial que suspenda el alejamiento (véase el caso *Nken v. Holder*², en que se explican los cuatro elementos en los que se basan los tribunales para decidir si se suspende el alejamiento: 1) si el demandante demuestra claramente que existen probabilidades de que su demanda sobre el fondo prospere; 2) si el demandante puede sufrir un menoscabo irreparable si no se suspende el alejamiento; 3) si la suspensión puede ocasionar un menoscabo considerable a otras partes interesadas en la causa; y 4) en interés público). Cuando procede, los no ciudadanos que consiguen que prospere el recurso judicial presentado desde fuera del país suelen poder regresar a los Estados Unidos.

4. Cuando haya concluido el procedimiento administrativo de alejamiento, el interesado puede pedir que se reabra su caso alegando diversas razones relacionadas con cambios en las circunstancias particulares u otros hechos que influyan en la posibilidad de ser objeto de una medida de alejamiento o quedar exonerado de ella. La normativa exige, en general, que el interesado solicite la reapertura antes de su expulsión de los Estados Unidos (véase 8 CFR § 1003.2 d)). Sin embargo, en el caso concreto de que a un no ciudadano no se le notifique debidamente el procedimiento incoado contra él y, en consecuencia, se dicte orden de alejamiento en rebeldía, el interesado puede pedir la reapertura del caso después de su alejamiento (véase *Matter of Bulnes*³). En

caso de que prospere la moción de reapertura del caso de un no ciudadano expulsado, las autoridades podrían adoptar las medidas adecuadas para facilitar su regreso a los Estados Unidos.

FINLANDIA

Una decisión de expulsión de Finlandia no puede ser ejecutada hasta que se haya adoptado una decisión definitiva sobre la cuestión. Solicitar una autorización para presentar recurso ante el Tribunal Administrativo Supremo no impide la ejecución de la decisión de expulsión salvo que el propio Tribunal Administrativo Supremo ordene otra cosa. El extranjero deportado puede regresar a Finlandia si la decisión de expulsión ha sido ejecutada y el Tribunal Administrativo Supremo, después de esa ejecución, la ha revocado.

ITALIA

Reglamentación de la expulsión administrativa de extranjeros del territorio nacional en el Texto único de las disposiciones de inmigración y normas de extranjería

1. Se puede recurrir contra la medida de expulsión administrativa ante las autoridades judiciales (magistrado o tribunal) o las autoridades de los tribunales administrativos regionales, dependiendo del órgano que hubiese ordenado la medida (artículo 13, párrafos 5 bis, 8 y 11 del Texto único, artículo 3, párrafo 4 de la Ley N.º 155/2005 y Ley N.º 271/2004). Interponer un recurso no detiene automáticamente el proceso de expulsión. Puede presentarse ante una autoridad diplomática o consular italiana. Si la autoridad judicial acoge favorablemente el recurso mediante una decisión firme, el extranjero tiene derecho a regresar a Italia.

2. Las condenas de expulsión dictadas como alternativa a la detención o en sustitución de ésta pueden ser recurridas ante un tribunal de apelación y están sujetas a la legislación general sobre el procedimiento penal.

KUWAIT

1. El principio general que informa la Constitución de Kuwait y la legislación nacional es que todas las personas, con independencia de que sean nacionales o extranjeras, tienen el mismo derecho a entablar demandas y recurrir contra las sentencias y decisiones. Por ello, un extranjero que haya sido expulsado ilegalmente puede recurrir cualquier orden de expulsión accesoria a una condena penal. Sin embargo, hay que distinguir, como se explica a continuación, entre la expulsión penal y la expulsión administrativa.

Expulsión penal

2. No cabe duda de que la Constitución de Kuwait y la legislación nacional conceden los mismos derechos a todas las personas en el país en cuanto a la posibilidad de litigar. Entre esos derechos está el derecho de recurrir las sentencias penales y cualquier pena accesoria, como puede ser la expulsión. En el artículo 166 de la Constitución se garantizan esos derechos para todos y se enuncia que los procedimientos necesarios se establecen en la ley.

² 556 *United States Supreme Court Reports* 418, 129 S. Ct. 1749 (abril de 2009).

³ Departamento de Justicia, 25 I&N Dec. 57 (BIA 2009).

3. Sobre la misma cuestión, en el Código de Procedimiento Penal y Actuaciones Judiciales (decreto N.º 60/17) se enuncian diversos modos en los que se puede recurrir una sentencia penal, incluidas las dictadas en rebeldía. En el artículo 187 de ese Código se dispone que se puede recurrir contra una sentencia pronunciada en rebeldía por un delito o falta. Ese recurso debe interponerse ante el tribunal que dictó la sentencia.

4. En el artículo 199, el Código concede igualmente a la persona con respecto a la que se haya dictado la sentencia el derecho de recurrir contra una decisión preliminar de culpabilidad o inocencia que haya emanado de un tribunal penal o un tribunal de faltas, con independencia de que esa decisión hubiese sido pronunciada en presencia del demandado o dictada en rebeldía y de que se hubiera interpuesto un recurso de apelación o hubiera concluido el plazo sin que se hubiese interpuesto ningún recurso de apelación.

5. En todos los casos, si se ha de ejecutar una sentencia penal, se debe haber determinado, conforme a lo dispuesto en el artículo 214 del Código, que es ejecutable, salvo en casos excepcionales en los que el magistrado crea que es necesario ejecutar la sentencia penal en primera instancia.

6. Por lo que se refiere al posible regreso de un extranjero cuya expulsión penal no se hubiese efectuado conforme a la ley, el resultado final depende de la sentencia que se dicte sobre el recurso interpuesto por el deportado contra su expulsión.

Expulsión administrativa

7. Cabe señalar que en el artículo 1 de la Ley N.º 20 de 1981, relativa al establecimiento de un departamento dentro del Tribunal Colegiado para que examine las controversias administrativas, se dispone que las solicitudes presentadas por particulares con respecto a la revocación de decisiones administrativas definitivas dictadas sobre la residencia y expulsión de las personas que no tengan la nacionalidad de Kuwait no entran dentro de la competencia del departamento de controversias administrativas. Por ello, un deportado no puede interponer un recurso contra una expulsión directamente ante ese departamento del Tribunal Colegiado, a pesar de que la Constitución, en el artículo 169, enuncia un principio general con respecto a las controversias y recursos administrativos. En ese artículo se dispone que, con arreglo a la ley, las controversias administrativas se han de resolver en una sala o tribunal especiales, utilizando procedimientos establecidos en la legislación. Esa sala o tribunal tiene la potestad de revocar las decisiones administrativas injustas o indemnizar por ellas.

8. Visto cuanto antecede, cabe decir que, con respecto a la expulsión administrativa, el extranjero puede regresar si no se respetaron los procedimientos adecuados, salvo que las autoridades administrativas decidan otra cosa.

LITUANIA

1. Se puede recurrir la decisión referente a la expulsión de Lituania ante el Tribunal Administrativo Regional de Vilna, en un plazo de 14 días a contar desde el día en que

se notificó la decisión. En ese caso, queda en suspenso la ejecución de la decisión adoptada.

2. La decisión referente a la expulsión de un extranjero o una decisión relativa a la posibilidad de ejecutar una decisión adoptada por otro Estado, que no haya sido ejecutada, sólo se puede ejecutar en caso de que el extranjero declare por escrito que está de acuerdo con la decisión adoptada referente a su expulsión o con la decisión relativa a la posibilidad de ejecutar la decisión adoptada por otro Estado y acepta ser expulsado antes de que expire el plazo fijado para recurrir las decisiones mencionadas.

3. Si el extranjero no está de acuerdo con ser expulsado antes de que expire el plazo fijado para recurrir la decisión y la recurre ante un tribunal, sólo es posible expulsarlo después de que surta efectos el fallo judicial correspondiente.

4. La situación en la que un extranjero es expulsado ilegalmente no es posible y nunca ha ocurrido un caso semejante.

5. Al extranjero que fuere obligado a abandonar Lituania, expulsado de ella o devuelto al país de origen o a otro país extranjero, se le puede prohibir la entrada en Lituania por un período de tiempo limitado o ilimitado. La prohibición de entrar en Lituania puede no ser tenida en cuenta cuando el extranjero accedió voluntariamente y fue devuelto al país de origen o a otro país extranjero en el que tenía derecho a entrar.

MALASIA

1. Según el artículo 8 de la Ley N.º 79, en lugar de adoptar un mandamiento de detención e internamiento o de destierro, el Ministro podrá, si lo considera adecuado, emitir una orden por la que se obligue a toda persona de la que tenga constancia que no es un nacional de Malasia ni una persona exenta a abandonar el país en el plazo de 14 días desde la fecha en que se le notifique la orden. El artículo 8 4) de la Ley N.º 79 también establece que la copia de la orden de expulsión deberá ser entregada personalmente a la persona interesada, según el procedimiento previsto para las citaciones en el Código de procedimiento penal (Ley N.º 593), por un funcionario superior del cuerpo de policía o cualquier otra persona autorizada por el Ministro para practicar la notificación, y que éstos deberán informar al interesado de su derecho a impugnar la orden de expulsión ante el Tribunal Superior, en el plazo de 14 días desde la notificación, invocando su condición de nacional de Malasia o de persona exenta.

2. Según el artículo 10 de la Ley N.º 79, cualquier persona respecto de la cual se haya dictado una orden de expulsión podrá impugnarla ante el Tribunal Superior, en el plazo de 14 días desde la entrega de la copia de la orden realizada con arreglo al artículo 8 4), invocando su condición de nacional de Malasia o de persona exenta. Si se demuestra, en el marco de ese recurso, que la persona es un nacional de Malasia o una persona exenta, el Tribunal Superior revocará la orden de expulsión y, en su caso, ordenará que se ponga en libertad al demandante.

3. Cabe señalar que esa situación se da cuando la persona se encuentra aún en Malasia en el momento en que logra la revocación de la orden de expulsión y, en última instancia, su puesta en libertad.

4. Sin embargo, cuando una persona es expulsada y abandona Malasia no goza del derecho a regresar al país aunque logre la revocación de la orden de expulsión en el plazo de 14 días desde la notificación. La razón para ello es que pasa a aplicársele el artículo 6 de la Ley N.º 155. En otras palabras, sólo se le permitirá entrar en Malasia si posee una autorización o permiso de entrada válido.

5. Además, en virtud del artículo 36 de la Ley N.º 155, toda persona que habiendo sido legalmente alejada de Malasia o enviada de otro modo fuera del país entre en Malasia ilegalmente o resida en el país ilegalmente, será culpable de un delito y podrá ser condenada a una multa no superior a 10.000 ringgit o a pena de prisión no superior a cinco años, o a ambas penas, y también podrá imponérsele un máximo de seis latigazos, y además de la pena impuesta por el delito será alejada o alejada de nuevo, según sea el caso, de Malasia.

MALTA

1. Las personas expulsadas a raíz de una orden de alejamiento tienen derecho a presentar un recurso de apelación contra la decisión y no son expulsadas hasta que la Junta de Apelaciones de Inmigración resuelva el caso. Ello se considera una salvaguardia para evitar situaciones de migrantes «expulsados ilícitamente».

2. Toda persona expulsada puede solicitar el reingreso en el país al Oficial Principal de Inmigración.

MÉXICO

1. El artículo 126 de la Ley General de Población otorga facultades al Instituto Nacional de Migración, entidad federal competente en materia de flujos migratorios, para readmitir a un extranjero que había sido expulsado.

2. El proceso de readmisión se llevará a cabo a través de un acuerdo de readmisión que deberá ser emitido por el Secretario de Gobernación o por el Subsecretario respectivo.

NORUEGA

La persona expulsada puede interponer un recurso administrativo ante la Junta de Apelaciones de Inmigración, presentar una denuncia ante el Ombudsman Parlamentario o interponer una demanda ante los tribunales. Si se declara que la expulsión fue ilegal, por regla general la consecuencia es que se levanta la prohibición de entrar en el país. La persona puede regresar a Noruega si cumple las condiciones generales de entrada de conformidad con la Ley de inmigración.

NUEVA ZELANDIA

1. Las personas expulsadas de Nueva Zelanda mediante una orden de deportación no pueden regresar nunca al país (art. 7, 1), *d*)).

2. Las personas expulsadas de Nueva Zelanda mediante una orden de alejamiento no pueden regresar al país en cinco años, mientras siga en vigor la orden de alejamiento (art. 57).

PERÚ

1. Para que surta efecto legal la medida sancionadora, ésta debe ser el resultado de un procedimiento administrativo que haya seguido el principio del debido proceso (establecido en la Ley 27444, Ley general de procedimiento administrativo).

2. Frente a una expulsión, el extranjero podrá presentar un recurso administrativo (Ley N.º 27444), con los fundamentos de hecho y de derecho, por intermedio del consulado del Perú en el exterior. La autoridad administrativa competente tendrá que decidir si se confirma la decisión o si se revierten los efectos de la sanción administrativa de expulsión a fin de que el individuo pueda reingresar al territorio nacional.

3. No existe un plazo señalado en la Ley de extranjería que indique en cuántos años un extranjero podría retornar al Perú luego de que ha sido expulsado del territorio nacional.

PORTUGAL

Una expulsión ilegal no puede tener los mismos efectos jurídicos que una expulsión legal, es decir, la prohibición de regresar al Estado que expulsa a la persona por un determinado período de tiempo. Cuando se produce una expulsión ilegal de un extranjero con un visado de residencia válido en Portugal, el extranjero tiene derecho a regresar a Portugal y debe ser informado adecuadamente de ese derecho.

QATAR

1. En el artículo 40 de la Ley que regula la entrada y la salida, la residencia y la invitación de extranjeros visitantes se dispone que el extranjero contra el que se hubiese dictado una orden judicial de deportación o que hubiera sido expulsado de otro modo sólo podrá regresar mediante decreto ministerial.

2. Para poder regresar, ese extranjero deberá cumplir además las condiciones necesarias de entrada que se disponen en el artículo 41 de la Ley que regula la entrada y la salida, la residencia y la invitación de extranjeros visitantes:

Todo extranjero que no obtenga un permiso de residencia o cuyo permiso haya expirado, deberá abandonar el país y podrá regresar siempre que cumpla las condiciones necesarias para la entrada que se establecen en la presente Ley.

REPÚBLICA CHECA

1. En el caso de expulsiones dictadas por un tribunal, el derecho del expulsado a regresar depende del resultado del recurso de apelación (si lo hubiere) contra la sentencia en que se ordene la expulsión. La orden administrativa de expulsión está sujeta a las leyes y reglamentos generales que rigen los procedimientos administrativos.

Si un extranjero no acepta la decisión en primera instancia, puede presentar un recurso de apelación ante una autoridad administrativa superior en el plazo previsto en la ley. Las decisiones administrativas en segunda instancia pueden ser revisadas por los tribunales. Este procedimiento ofrece suficientes salvaguardias contra las expulsiones administrativas ilícitas.

2. Durante el período en que se prohíbe el reingreso del extranjero al país, la policía puede, por solicitud de éste y según las condiciones preceptuadas por la ley:

a) Concederle un visado puntual de entrada si se requiere su comparecencia ante una autoridad pública en la República Checa, por ejemplo ante un tribunal (la Ley de residencia de los extranjeros incluye disposiciones para otras situaciones graves, como los funerales de familiares en la República Checa);

b) Anular la orden administrativa de expulsión.

3. La orden administrativa de expulsión puede anularse a petición del interesado si:

a) Han dejado de concurrir los motivos de la expulsión, pero no antes de que transcurra la mitad del período de prohibición de reingreso del extranjero al país;

b) El extranjero se encuentra en acogimiento alternativo, ha cumplido 18 años de edad y la autoridad responsable de la protección social y jurídica del menor considera satisfactorios sus esfuerzos por integrarse en la República Checa.

REPÚBLICA DE COREA

1. En la Ley de control de la inmigración no existe ninguna disposición donde se reconozca el derecho de una persona expulsada a regresar al Estado autor de la expulsión.

2. Sin embargo, una persona que haya sido expulsada ilegalmente puede impugnar la expulsión utilizando vías de reparación locales como los recursos administrativos y las demandas contencioso-administrativas (primeros informes periódicos de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: República de Corea).

Recursos administrativos

3. *Definición.* Medida administrativa para exonerar a los ciudadanos de cualquier disposición ilegal o inaceptable o cualquier otro ejercicio de los poderes públicos, por acción u omisión, de organismos administrativos que infrinjan sus derechos o intereses, con objeto de lograr el funcionamiento correcto de la administración (artículo 1 de la Ley de recursos administrativos).

4. *Condiciones.* Puede interponer un recurso por escrito contra los organismos administrativos que dictaron la disposición para obtener que sea revocada la persona que tenga intereses jurídicos en obtener la revocación o modificación de la disposición, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la que el recurrente

tenga conocimiento de que se ha dictado la disposición (artículos 13, 17, 27 y 28 de la Ley de recursos administrativos).

5. *Carácter vinculante.* El fallo será vinculante para el organismo administrativo que sea la parte recurrida y los demás organismos administrativos concernidos (artículo 49 de la Ley de recursos administrativos).

Demanda contencioso-administrativa

6. *Definición.* Procedimiento jurídico para exonerar a los ciudadanos de cualquier disposición ilegal de un organismo administrativo o ejercicio de los poderes públicos, por acción u omisión, que infrinja sus derechos o intereses, y resolver adecuadamente las controversias sobre los derechos que tienen que ver con el derecho público o la aplicación de la ley (artículo 1 de la Ley de litigios administrativos).

7. *Condiciones.* Puede entablar demanda contra el organismo administrativo que adoptó la disposición para obtener que sea revocada la persona que tenga intereses jurídicos en obtener la revocación de la disposición, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la que se tenga conocimiento de la disposición, con independencia de que se interponga recurso administrativo (artículos 12, 13, 18 y 20 de la Ley de litigios administrativos).

8. *Carácter vinculante.* La sentencia definitiva en la que se revoque la disposición será vinculante para las partes y otros organismos administrativos que intervengan en la causa. La sentencia también surtirá efectos para terceros, según corresponda (artículos 29 y 30 de la Ley de litigios administrativos).

RUMANIA

1. En caso de expulsión, la orden y la declaración de culpabilidad pueden recurrirse ante un tribunal nacional de apelación. Si los jueces de un tribunal superior deciden revocar la orden, la sentencia final no contendrá ninguna referencia a ella y la persona permanecerá en Rumania, independientemente de la decisión que se adopte sobre su culpabilidad.

2. Si la orden se anula o revoca mediante un procedimiento especial de apelación después de que se haya ejecutado la expulsión, el juez está facultado para decidir sobre el modo de responder a la situación y otorgar la reparación que proceda. En principio, en caso de anulación o revocación de una orden de expulsión, la práctica judicial de Rumania consiste en permitir la entrada del extranjero en el país (la práctica interna pertinente se encuentra en la decisión relativa al caso *Kordoghliazar*¹).

3. En caso de devolución, puede impugnarse la decisión, y la apelación suspende automáticamente la ejecución de la orden, lo que impide la adopción de medidas irreversibles.

¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mostafa Kordoghliazar c. Roumanie*, sentencia de 20 de mayo de 2008, demanda n.º 8776/05.

4. Cuando el extranjero es declarado *persona non grata*, la apelación no suspende automáticamente la ejecución de la orden, pero si el interesado presenta un recurso fundado, el tribunal puede decidir suspender su ejecución a fin de evitar daños irreparables.

5. Si se anula o revoca la orden tras su ejecución, dicha anulación o revocación eliminará sus efectos, es decir, la expulsión del territorio y los daños derivados de la ejecución de la orden.

SERBIA

1. Una vez que haya expirado la medida de protección consistente en el alejamiento, la medida de seguridad consistente en la expulsión y la prohibición de entrar en Serbia, el extranjero puede regresar.

2. Si, tras haberse interpuesto una reclamación, la decisión adoptada en el procedimiento de un tribunal de primera instancia (medida de protección consistente en el alejamiento o medida de seguridad consistente en la expulsión) y en el procedimiento administrativo (denegación de permanecer y prohibición de entrar) ha sido revocada o modificada en beneficio de quien la interpuso, la persona tiene derecho a regresar.

SINGAPUR

Ley de inmigración

1. Con objeto de evitar las expulsiones ilegales, en la legislación de Singapur está previsto que, antes de ser alejadas o expulsadas efectivamente, las personas que estén en vías de serlo puedan interponer recurso de apelación o revisión, de conformidad con el artículo 33, 2) de la Ley de inmigración.

2. En el caso de las personas que ya hayan sido expulsadas, si se puede demostrar que el alejamiento o expulsión fueron ilegales, existen mecanismos jurídicos para revocar la orden.

3. Sin embargo, la revocación de la orden no concede un derecho automático de regresar a Singapur, ya que para poder entrar en el país seguirá siendo necesario cumplir las condiciones de la normativa de inmigración y, en concreto, la Ley de inmigración. En caso de que se deniegue el permiso de entrar en Singapur, en la Ley de inmigración también está previsto un recurso para que la persona pueda recurrir contra esa decisión. El recurso debe interponerse dentro de un plazo de siete días desde que se notifique la denegación, formulando una solicitud por escrito al Ministro del Interior por conducto del Supervisor de Inmigración.

Ley de destierro

4. Al igual que ocurre con la Ley de inmigración, y para evitar las expulsiones ilegales, en la Ley de destierro se dispone que, en un plazo de 14 días desde que le sea notificada la orden de destierro o expulsión, la persona que sea objeto de ella puede solicitar al Tribunal Superior que la revoque por ser nacional de Singapur o una persona exenta (arts. 5 y 8; véase también el artículo 10).

5. A condición de que la orden de destierro no lo sea de por vida, la persona que haya sido desterrada o expulsada (según sea el caso) de Singapur en virtud de la Ley no tiene prohibida la entrada ni la residencia en el país una vez que haya expirado el plazo impuesto en la orden, o si la orden ha sido anulada o revocada, o si posteriormente el Ministro ha eximido a la persona de la prohibición de entrar y residir en Singapur (art. 14).

6. En cualquier caso, no existe un derecho automático de regresar a Singapur, ya que para poder entrar en el país seguirá siendo necesario cumplir las condiciones de la normativa de inmigración y, en concreto, la Ley de inmigración. En caso de que se deniegue el permiso de entrar en Singapur, en la Ley de inmigración se prevé un recurso contra esa decisión que debe interponerse dentro de un plazo de siete días desde que se notifique la denegación.

Ley de salud mental (atención y tratamiento)

7. De acuerdo con el artículo 19 de la Ley de salud mental (atención y tratamiento), las personas que hayan sido expulsadas de Singapur en virtud del artículo 17 de la Ley sólo podrán regresar a Singapur con el permiso del Ministro de Salud.

SUDÁFRICA

En Sudáfrica no existe ninguna norma legislativa que se ocupe específicamente del derecho a regresar de un extranjero después de que haya sido expulsado ilegalmente mediante una deportación.

SUECIA

No se puede ejecutar ninguna orden de expulsión si no es definitiva.

SUIZA

Véase la respuesta incluida en *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604, sección A.5.

4. El tipo de relación establecida entre el Estado autor de la expulsión y el Estado de tránsito en los casos en que el paso de una persona expulsada por un Estado de tránsito es necesario

ALEMANIA

Por lo que respecta a Alemania, las deportaciones desde el país se realizan principalmente por vía aérea. En 2008, por ejemplo, se realizaron unas 2.700 deportaciones por aire a través de aeropuertos de tránsito, en su mayoría dentro de la UE. Los procedimientos que se aplican en esos casos se establecen en la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2003. La soberanía de los Estados miembros, en

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

especial el derecho a emplear medidas coercitivas inmediatas, no se ve afectada por esta Directiva, como tampoco se ve afectado el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, sobre todo por lo que respecta a la autoridad a bordo del piloto responsable o la información facilitada a las aerolíneas sobre el modo de llevar a cabo los traslados, de conformidad con el anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Las expulsiones a través de Estados de tránsito que no pertenezcan a la UE suelen evitarse. Sin embargo, si es necesario recurrir a otro Estado de tránsito en determinados casos, se informa a la Misión de Alemania en ese Estado para que ayude a resolver los problemas que puedan plantearse en él.

ARMENIA

Las cuestiones relacionadas con la expulsión de un extranjero pasando por un Estado de tránsito están reguladas mediante acuerdos bilaterales con ese país. En la actualidad, Armenia tiene acuerdos de ese tipo con Alemania, Dinamarca, Estonia, Letonia, Suecia y Suiza.

BELARÚS

1. En los casos en que la persona que está siendo expulsada debe pasar por el territorio de un Estado de tránsito, el órgano estatal que ejecuta la orden de deportación o expulsión del extranjero toma medidas para organizar su partida.

2. Cuando resulta necesario, el órgano estatal que ejecuta la orden de deportación o expulsión solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores de Belarús que preste asistencia, por cauces diplomáticos, para que las misiones diplomáticas o las autoridades consulares de los Estados pertinentes emitan los visados de tránsito necesarios.

3. Al deportar o expulsar a un extranjero que es ciudadano de un Estado con el que Belarús ha establecido un régimen de visados de entrada y salida, el órgano encargado de los asuntos internos pertinente emite un visado de salida de Belarús o un documento de viaje para el extranjero que esté siendo deportado o expulsado, para el período necesario para ejecutar la orden de deportación o expulsión.

4. En consulta con los órganos competentes del Estado del que se esté deportando al extranjero, o de conformidad con los tratados internacionales a los que Belarús se ha adherido, los extranjeros deportados pueden ser transferidos en los puestos de control en la frontera del Estado (a excepción de la sección de la frontera estatal entre Belarús y la Federación de Rusia). Sin embargo, para realizar estas transferencias es necesaria la presencia de representantes de organismos del servicio de fronteras de Belarús y representantes del órgano competente del Estado del que se esté deportando o expulsando al extranjero, así como el documento de transferencia que corresponda para el extranjero.

5. A lo largo de 2009, los órganos encargados de los asuntos internos deportaron a 1.161 extranjeros del territorio de Belarús (435 de ellos por la fuerza) y expulsaron a 856 extranjeros (490 de ellos por la fuerza). Los

organismos del servicio de fronteras deportaron a 267 extranjeros de Belarús en 2009.

6. Además, en 2009 se repatrió a 70 migrantes de 13 países en el marco del programa de regreso voluntario de la OIM, incluidos ciudadanos del Afganistán, Georgia, el Líbano, el Pakistán, Viet Nam y otros países.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

1. Durante la ejecución de la decisión de expulsión se remitirá una notificación por escrito al país de tránsito. En esa notificación se indica el modo, el tiempo y el país al que se ha de enviar al extranjero y todos los datos relativos a él. Si el extranjero va acompañado de un oficial de seguridad, en la notificación se incluirá también información detallada sobre él. Sólo se podrá llevar a efecto el alejamiento del extranjero una vez que se haya recibido la aprobación del Estado de tránsito.

2. Si existe un acuerdo de readmisión entre Bosnia y Herzegovina y el Estado por el que ha de producirse el tránsito, se aplicarán las disposiciones de ese acuerdo.

BULGARIA

1. Las relaciones entre el Estado que expulsa y los Estados de tránsito se consideran asuntos de cooperación internacional y con arreglo a la práctica en vigor se regulan por las disposiciones aplicables de los acuerdos bilaterales sobre readmisión de nacionales y nacionales de terceros países que residan sin autorización dentro de los territorios de los Estados de las partes contratantes respectivas.

2. El artículo I.A del capítulo 5 de la Ley de extranjería de la República de Bulgaria se ocupa de las solicitudes de asistencia en casos de tránsito por alejamiento de un extranjero del territorio de Bulgaria por vía aérea, emitidas por las autoridades del Ministerio del Interior o las demás autoridades competentes de otro Estado miembro de la UE, y el artículo I.B del mismo capítulo, de la prestación de asistencia a las autoridades competentes de otro Estado miembro de la UE en casos de tránsito por vía aérea de un extranjero por el territorio de Bulgaria.

CHINA

1. Cuando se repatría a una persona pasando por un tercer país, las autoridades de inmigración e inspección de fronteras de China se asegurarán de que la persona esté en posesión de documentos de viaje internacionales válidos (salvo quienes hayan sido descubiertos en posesión de documentos falsificados en el momento de entrar y estén siendo repatriados por las autoridades que lo hubieran descubierto originalmente) y billetes válidos para viajar al país de repatriación pasando por ese tercer país.

2. China cooperará en la facilitación y asistencia necesarias con respecto a los extranjeros que deban pasar por su territorio después de haber sido legalmente expulsados de otros países, de acuerdo con la solicitud del país que expulsa y a condición de que ello no contravenga ninguna normativa interna pertinente.

CROACIA

1. En la Ley de extranjería se dispone que, una vez que Croacia haya ingresado en la UE, el Ministerio del Interior prestará asistencia durante el tránsito para el alejamiento forzoso por vía aérea, si así lo solicitan las autoridades competentes de un Estado miembro del EEE.

2. Aparte de ello, el Ministerio del Interior de Croacia presta asistencia en la actualidad para los alejamientos forzosos que transiten por su territorio y recurre también a esa asistencia por parte de otros países cuando el alejamiento forzoso implica el tránsito por ellos.

EL SALVADOR

A la fecha, no existen convenios bilaterales o multilaterales que permitan la participación de los Estados de tránsito en el proceso de expulsión, pero en la práctica se concreta con la realización de gestiones directas por la autoridad migratoria con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ESLOVAQUIA

1. Las relaciones entre los Estados en caso de regreso forzoso de extranjeros desde el territorio de Eslovaquia pasando por los territorios de países vecinos o en el caso de tránsito por el país están establecidas en acuerdos internacionales; los denominados «acuerdos de readmisión».

2. En los acuerdos de readmisión se establecen, entre otras cosas, los derechos y obligaciones de los Estados partes en el caso del denominado «regreso forzoso» (tránsito) de los extranjeros (nacionales de terceros países) a su país de origen o a un país que esté dispuesto a admitirlos. El procedimiento de regreso forzoso está establecido en los acuerdos de readmisión, y el regreso forzoso se efectúa siempre con escolta, por vía aérea o mediante transporte policial.

3. Las prescripciones para el transporte policial en conexión con el regreso forzoso en virtud de los acuerdos de readmisión pertinentes se establecen en el artículo 75, párrs. 1 a 6, de la Ley de extranjería. De acuerdo con esa disposición, la autoridad facultada para efectuar el transporte policial es el Centro de Internamiento de la Policía para Extranjeros y el transporte se efectúa exclusivamente a petición de un Estado parte con el objetivo de trasladar al extranjero a la frontera entre Eslovaquia y el Estado parte. Además, en la disposición mencionada se establecen los derechos y obligaciones de los extranjeros y se define la función del departamento de policía al llevar a cabo el transporte policial. Los gastos relacionados con el transporte policial corren por cuenta del Estado solicitante.

4. El procedimiento de tránsito por vía aérea para la expulsión de extranjeros está establecido en los artículos 75a y 75d de la Ley de extranjería y se basa en la trasposición de la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹.

¹ Diario Oficial de la Unión Europea L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

5. El tránsito por vía aérea se efectúa únicamente sobre la base de una solicitud por escrito de otro país del EEE o una solicitud por escrito remitida por Eslovaquia a otro país del EEE. Los tránsitos por vía aérea a terceros países se regulan por acuerdos internacionales (como los acuerdos de readmisión).

ESTADOS UNIDOS

1. Antes del alejamiento de los Estados Unidos de un no ciudadano a través de un país de tránsito, las autoridades de inmigración de los Estados Unidos envían una notificación electrónica del alejamiento al personal competente de la embajada de los Estados Unidos en ese país y, de conformidad con los principios de cooperación dimanantes del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, por regla general el personal de la embajada de los Estados Unidos envía a su vez una notificación del alejamiento a las autoridades del país de tránsito.

2. Aparte de estos aspectos generales, cabe mencionar dos casos especiales. El primero se refiere a los no ciudadanos que llegan a una frontera terrestre desde un país limítrofe de los Estados Unidos, que pueden ser devueltos a ese país salvo que tengan un temor fundado a ser perseguidos o sometidos a tortura, mientras un juez de inmigración determina si su inadmisibilidad fue decretada correctamente y si cumplen las condiciones para una exención u otro beneficio en materia de inmigración (Ley de inmigración y nacionalidad, art. 235 b) 2) C); 8 USC § 1225 b) 2) C)). El segundo caso que se plantea, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 b) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Canadá para la cooperación en el examen de las solicitudes de obtención de la condición de refugiado de nacionales de terceros países, conocido también como el «Acuerdo de tercer país seguro», es el de una persona expulsada de los Estados Unidos y en tránsito por el Canadá que solicita la condición de refugiado en ese país, en cuyo caso las autoridades canadienses sólo permitirán que continúe su traslado al país de expulsión si su solicitud de obtención de la condición de refugiado ya ha sido denegada por los Estados Unidos.

3. Si un no ciudadano es expulsado por un tercer país y se requiere el tránsito por los Estados Unidos, esa persona deberá estar en posesión de documentos válidos (por ejemplo, un visado de tránsito) para su desplazamiento a través de los Estados Unidos. Dependiendo de los hechos y circunstancias, el Departamento de Seguridad Interior puede adoptar las medidas apropiadas para brindar la asistencia necesaria y velar por la seguridad a fin de que el no ciudadano salga de los Estados Unidos con arreglo a los documentos de viaje expedidos.

FINLANDIA

El tránsito por un tercer Estado hacia el Estado de destino está condicionado a que el Estado de tránsito otorgue su permiso. Ese permiso se debe solicitar con mucha antelación. Si se deniega el permiso, no es posible el tránsito, con independencia de que requiera únicamente un cambio de avión en un aeropuerto en el Estado de tránsito o un tránsito *de facto* por ese Estado.

ITALIA

Reglamentación de la expulsión administrativa de extranjeros del territorio nacional en el Texto único de las disposiciones de inmigración y normas de extranjería

En el caso de los extranjeros que pasen en tránsito por terceros países de conformidad con una orden de expulsión, Italia observa las normas internacionales que figuran en los instrumentos que ha ratificado (Convención sobre el estatuto de los refugiados, ratificada por la Ley N.º 722 de 24 de julio de 1954, instrumentos internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales y convenios internacionales sobre extradición). Italia observa igualmente los acuerdos bilaterales con terceros países que no son miembros de la UE y la legislación italiana que da aplicación a los reglamentos de la UE, válidos dentro de las fronteras de los Estados miembros de ella, sin perjuicio de las obligaciones pertinentes en virtud del derecho internacional (por ejemplo, el Decreto Legislativo de 25 de enero de 2007, titulado «Aplicación de la Directiva 2003/110/CE, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea», publicado en el Boletín Oficial, N.º 66, de 20 de marzo de 2007, en el que se definen las disposiciones de asistencia entre las autoridades competentes en casos de expulsión por vía aérea, con o sin escolta, pasando por aeropuertos de tránsito de los Estados miembros, de acuerdo con la Directiva 2003/110/CE¹ de 25 de noviembre de 2003).

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

KUWAIT

Esta cuestión se regula por los marcos de las relaciones bilaterales y por el acuerdo que exista entre el Estado que expulsa y el Estado de tránsito. El principio fundamental en esos asuntos está determinado por el alcance de los mecanismos de cooperación bilateral entre los dos Estados correspondientes. Por ello cabe decir que la cuestión administrativa a este respecto difiere de un caso a otro, dependiendo de la naturaleza de la relación de cooperación entre los Estados de que se trate.

LITUANIA

1. Un extranjero podrá ser trasladado de un Estado extranjero a otro Estado extranjero pasando por el territorio de Lituania de conformidad con un tratado internacional ratificado por Lituania o con la legislación de la UE, si se aportan pruebas de que tiene derecho a entrar en el Estado extranjero e información sobre la necesidad del tránsito por el territorio de Lituania.

2. Cuando se aplique la Directiva 2003/110/CE del Consejo sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹, el Servicio de Guardia Fronteriza, que depende del Ministerio del Interior, es la institución central encargada de prestar la asistencia mutua a los Estados miembros de la UE en los aeropuertos de tránsito de Lituania en relación con el alejamiento por vía aérea, con o sin acompañantes, y el

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

examen de las peticiones correspondientes. El Servicio de Guardia Fronteriza o el Departamento de Policía, que dependen del Ministerio del Interior, son los encargados de remitir las peticiones a los Estados miembros de la UE para organizar y llevar a cabo el tránsito de nacionales de terceros países presentes en Lituania.

3. Cuando se aplique la Decisión 2004/573/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión², son el Departamento de Policía o el Servicio de Guardia Fronteriza, las instituciones encargadas de organizar los vuelos conjuntos o participar en ellos y proporcionar a otros Estados miembros la información correspondiente. El Centro de Registro de Extranjeros es el encargado de ejercer esa función dentro del Servicio de Guardia Fronteriza. Cuando organiza y lleva a cabo la expulsión de extranjeros del país, el Centro de Registro de Extranjeros está facultado, de conformidad con el procedimiento establecido, para emprender una cooperación directa (o después de un acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores) con las representaciones diplomáticas o entidades consulares extranjeras y las organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales.

² *Ibid.*, L 261, 6 de agosto de 2004, pág. 28.

MALASIA

1. No hay ninguna relación específica establecida entre Malasia y el Estado de tránsito a efectos de la expulsión de una persona que ha de pasar por ese Estado de tránsito.

2. Sin embargo, en caso de que la persona expulsada al país de origen haya de pasar por uno o varios Estados de tránsito, Malasia se asegura de que esa persona tenga los billetes necesarios para pasar por esos Estados de tránsito.

MALTA

Estos casos procuran evitarse, pero si se requieren los servicios de un Estado de tránsito, Malta se atiene a lo dispuesto en la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹.

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

NORUEGA

Existen prácticas establecidas entre Noruega, como Estado que expulsa, y Estados de tránsito que pertenezcan al espacio Schengen cuando es necesario que el extranjero expulsado pase por un Estado de tránsito. Los procedimientos están basados en la cooperación prevista en el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen). Noruega remite por adelantado una notificación al Estado de tránsito en relación con el regreso. Algunos de los países que pertenecen al espacio

Schengen (por ejemplo, Alemania), deben aceptar el tránsito por adelantado. No existen procedimientos cuando es necesario el paso de un extranjero por un Estado de tránsito que no pertenezca al espacio Schengen y tampoco hay que notificárselo de antemano al Estado de tránsito. Sin embargo, si al extranjero expulsado se le ha impuesto una pena de acuerdo con el Código Penal de Noruega, se notificará el regreso al Estado o Estados de tránsito y al país de destino por conducto del sistema de la OIPC/INTERPOL.

NUEVA ZELANDIA

1. No hay ninguna relación específica establecida entre Nueva Zelanda y el Estado de tránsito; sin embargo, Nueva Zelanda hace todo lo posible por cumplir todas las obligaciones que exija el Estado de tránsito. Entre esas obligaciones cabe citar la petición del Estado de tránsito de que la persona expulsada vaya escoltada durante su paso por ese Estado. El Estado de tránsito puede exigir también que la persona expulsada tenga un visado para ese Estado.

2. Con la posible excepción de Australia, Nueva Zelanda no tiene relaciones oficiales con las autoridades de los Estados de tránsito cuando se devuelve a una persona para que siga en sentido inverso la misma ruta hacia el punto original donde inició el viaje pasando por ese Estado de tránsito.

3. La documentación que acompaña a una persona indocumentada que sea devuelta, sin embargo, va dirigida a las autoridades de los puntos de tránsito y del destino final. En esa documentación se explican todas las circunstancias del pasajero y su viaje y los motivos por los que, en primer lugar, fue declarado inadmisibles. También se proporcionan copias de esa documentación a la compañía de transportes.

4. En la mayoría de los casos es la compañía de transportes la que se encarga de las comunicaciones entre Nueva Zelanda y los Estados receptores o de tránsito.

5. En la mayoría de los casos, las personas devueltas cumplirán las prescripciones de inmigración del Estado de tránsito. Sin embargo, cuando la persona devuelta no las cumple, en el capítulo 5 del anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional se obliga a los Estados de tránsito a facilitar el tránsito. Sin embargo, puesto que el Convenio no es vinculante, no siempre se respeta esa obligación.

PERÚ

No es necesario coordinar previamente con un Estado de tránsito el paso de un extranjero que ha sido expulsado hacia un tercer país. La práctica migratoria en la frontera terrestre establece que se acepta a un extranjero que llega en condición de expulsado si el individuo va a un país en ruta o si esta persona salió de este último.

PORTUGAL

1. De acuerdo con la Ley N.º 23/2007 (por la que se traspone en el ordenamiento jurídico de Portugal la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003

sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹), cuando se aleja por vía aérea al nacional de un tercer Estado, se debe analizar la posibilidad de utilizar un vuelo directo al país de destino.

2. Si no es posible utilizar un vuelo directo, se puede presentar una solicitud a las autoridades competentes del otro Estado miembro a efectos del tránsito por vía aérea, siempre que no sea necesario cambiar de un aeropuerto a otro en el territorio del Estado miembro requerido.

3. La solicitud de tránsito por vía aérea, con o sin escolta y medidas de apoyo conexas, se presenta por escrito y debe comunicarse al Estado miembro requerido lo más rápidamente posible y nunca con menos de dos días de antelación. Una operación de tránsito no puede dar comienzo sin la autorización del Estado miembro requerido. Cuando ese Estado miembro no responde dentro del plazo a que está obligado, las operaciones de tránsito pueden dar comienzo mediante simple notificación del Estado miembro solicitante.

4. El nacional de un tercer Estado será readmitido inmediatamente en el territorio de Portugal si:

a) La autorización del tránsito por vía aérea fue denegada o anulada;

b) Durante el tránsito, el nacional del tercer Estado entró sin autorización en el Estado miembro requerido;

c) No se logró alejar al nacional de un tercer Estado a otro país de tránsito o al país de destino o que embarcase en el vuelo de conexión; o

d) El tránsito por vía aérea no es posible por cualquier otro motivo.

5. El Servicio de Extranjeros y Fronteras es el organismo central encargado de recibir las solicitudes de apoyo para el tránsito por vía aérea. El Director General del Servicio nombra, para todos los aeropuertos de tránsito pertinentes, coordinadores a los que se puede contactar durante todas las operaciones de tránsito por vía aérea.

6. Portugal puede autorizar también, siempre que sea necesario, el tránsito por vía aérea por su territorio, previa solicitud de las autoridades competentes de un Estado miembro que aleje a un nacional de un tercer Estado.

7. Portugal puede denegar el tránsito por vía aérea si:

a) Con arreglo a la legislación nacional, el nacional del tercer Estado está acusado de haber cometido un delito o se ha ordenado su captura para el cumplimiento de una pena;

b) El tránsito por otros Estados o la admisión en el país de destino no es viable;

c) La medida de alejamiento exige cambiar de aeropuerto en el territorio nacional;

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

d) La asistencia solicitada es imposible en un momento determinado por motivos prácticos; o

e) El nacional del tercer Estado constituye una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, o para las relaciones internacionales del Estado portugués.

8. En el contexto de las relaciones bilaterales, Portugal ha celebrado también acuerdos de readmisión de personas en situación irregular en los que se regula esa cuestión, entre ellos, con Alemania, España, Estonia, Francia, Hungría, Lituania y Rumania.

QATAR

En esos casos, la necesidad de respetar las normas en vigor en el país de tránsito es lo que regula la relación entre el país que deporta y el país de tránsito.

REPÚBLICA CHECA

1. En el caso de una expulsión dictada por un tribunal, las relaciones entre el Estado que expulsa y el Estado de tránsito se rigen por los tratados de readmisión. La salida de extranjeros a los que no se concede asilo ni protección internacional se rige por la Ley de asilo.

2. Las normas sobre tránsito de personas expulsadas se enuncian en el capítulo XIII de la Ley de residencia de los extranjeros. La expresión «tránsito por tierra» se refiere a la entrada o permanencia del expulsado en el territorio del Estado de tránsito o a su salida de él y la expresión «tránsito por aire» se refiere a la entrada o permanencia del expulsado en la zona de tránsito de un aeropuerto internacional o a su salida de ella.

3. En los casos de tránsito a través de la República Checa, la policía prestará la asistencia necesaria en virtud de un tratado internacional o por petición de la autoridad competente de un Estado miembro de la UE u otro Estado que aplique el procedimiento establecido en la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹.

4. La policía puede denegar el tránsito en los casos previstos en los tratados internacionales o cuando:

a) El extranjero esté acusado de un delito en la República Checa o figure en la lista de personas buscadas a los efectos de ejecutar una sentencia;

b) El tránsito a través de otros Estados o la admisión por el país de destino no sean viables;

c) La operación de tránsito implicaría el traslado a otro aeropuerto de la República Checa;

d) La asistencia solicitada no es factible en ese momento por razones prácticas;

e) El extranjero representa una amenaza para la seguridad nacional, el orden público, la salud pública u otros intereses similares protegidos en virtud de un compromiso dimanante de un tratado internacional.

5. En los casos de expulsión de la República Checa, la policía puede solicitar el tránsito por el territorio de otro Estado sobre la base de un tratado internacional. Si la operación de tránsito se efectúa por aire y requiere una escala en el territorio de otro Estado miembro de la UE u otro Estado que aplique el procedimiento establecido en la Directiva 2003/110/CE, la policía puede pedir asistencia a la autoridad competente de ese Estado durante la escala.

6. Las normas mencionadas tienen carácter general. Es posible establecer normas específicas en acuerdos bilaterales de readmisión o en convenios de readmisión de la CE.

REPÚBLICA DE COREA

1. No parece haber una norma general en el derecho internacional que regule el tránsito de los extranjeros expulsados. Sin embargo, en algunos tratados bilaterales o multilaterales sobre aviación civil se estipula que se aplica al caso el derecho interno del Estado territorial.

2. En los casos en los que un Estado extranjero solicita al Ministro de Justicia de la República de Corea que aprueba el tránsito por el país de una persona que se vaya a extraditar desde otro Estado extranjero, si considera dicha solicitud justificada, el Ministro de Justicia (Estado de tránsito) tiene la facultad discrecional de aprobarla. Sin embargo, si la persona cometió un delito que no constituye delito en virtud de la legislación de la República de Corea o es un nacional de la República de Corea, el Ministro de Justicia no la aprobará (artículo 45 de la Ley de extradición).

RUMANIA

Las relaciones entre Rumania, como Estado que expulsa, y el Estado de tránsito se rigen por el derecho internacional en el caso de Estados que no son miembros de la UE, en particular por los acuerdos bilaterales de readmisión que estipulan las modalidades de tránsito de personas expulsadas del territorio de las partes contratantes, o por el derecho internacional y el derecho comunitario en casos de que el Estado de tránsito sea miembro de la UE. En este último caso, esta cuestión está relacionada con la asistencia de los Estados de tránsito en la ejecución de una medida de alejamiento.

SERBIA

El tipo de relación entre el Estado que expulsa y el Estado de tránsito se define en el procedimiento de tránsito establecido en el artículo 14 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales¹.

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 334, 19 de diciembre de 2007, pág. 46.

SINGAPUR

1. En su condición de parte contratante en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, la práctica de Singapur al respecto se rige por las normas y prácticas recomendadas de la 12.ª edición del anexo 9 (Facilitación) del Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

2. Por ejemplo, reconociendo las obligaciones que el anexo 9 impone a los Estados contratantes, la práctica de Singapur se fundamenta en que el Estado de tránsito (si es parte contratante en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional) facilitará el tránsito de las personas que están siendo expulsadas de Singapur y prestará la cooperación necesaria a los operadores de la aeronave y a los escoltas encargados de la expulsión. Al presentar a un deportado para su expulsión, Singapur se asegura de que se dé al operador de la aeronave toda la documentación de viaje oficial exigida por todo Estado de tránsito o destino. Igualmente, Singapur se asegura de que la escolta que acompaña al deportado permanezca con esa persona hasta su destino final, a menos que entre las autoridades y el operador de la aeronave se convenga un arreglo alternativo adecuado, antes de la llegada al lugar de tránsito.

SUDÁFRICA

Si Sudáfrica decide deportar a un extranjero, normalmente se encuentra para él un vuelo directo o un transporte terrestre directo (desde Sudáfrica al país de origen del extranjero). Esto se hace con miras a evitar la necesidad de que el extranjero haya de pasar por un Estado de tránsito.

SUECIA

1. En Suecia existen dos autoridades responsables de la expulsión de extranjeros. La Junta de Inmigración de Suecia se ocupa de los extranjeros que regresan voluntariamente, y la policía sueca se encarga de las expulsiones forzosas.

2. Debido a la ubicación geográfica de Suecia, las personas expulsadas tienen que pasar, a menudo, por países de tránsito. Si el Estado de tránsito es miembro de la UE, el procedimiento está establecido en la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹.

3. En cuanto a los Estados de tránsito fuera de la UE, Suecia tiene acuerdos generales con esos países si procede. En ellos se estipulan, normalmente, las medidas que debe adoptar Suecia como Estado que expulsa para que el Estado de tránsito permita el paso. Algunos Estados de tránsito no requieren medidas especiales y, en esos casos, no suele existir ningún contacto entre Suecia y el país de que se trate.

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

SUIZA

1. Al adherirse al Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República

Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen), Suiza adoptó igualmente algunos elementos de la legislación de la UE, entre ellos la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹, en la que se insta a que la asistencia mutua entre los Estados miembros en materia de expulsión tenga en cuenta su objetivo común, que es poner fin a la residencia ilegal de ciudadanos de terceros países obligados a abandonar el país.

2. De acuerdo con esa Directiva, Suiza solicita un formulario a las autoridades de tránsito competentes por cada nacional de un tercer país en tránsito dentro del espacio Schengen. En la mencionada Directiva figuran los detalles del formulario de tránsito, pero distintos Estados (Suiza, entre ellos) utilizan sus propios formularios.

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

C. Información y observaciones sobre otras cuestiones relacionadas con este tema

ANDORRA

Esta medida administrativa tiene limitaciones que ofrecen importantes garantías a la persona afectada. En tal sentido, la Constitución del Principado de Andorra, de 14 de marzo de 1993, establece en su artículo 22 que sólo se puede expulsar a una persona que reside legalmente en Andorra por las razones expuestas en la ley y en las condiciones previstas por ésta, y a resultas de un fallo judicial firme si el interesado recurrió ante la justicia. Además, la Ley de inmigración establece que no pueden ser expulsados los menores extranjeros, los adultos extranjeros nacidos en Andorra y que han vivido allí ininterrumpidamente desde su nacimiento y los adultos extranjeros que han residido legalmente en Andorra ininterrumpidamente durante 20 años. Se puede hacer un excepción cuando hubiera una necesidad imperiosa en interés de la seguridad del Estado, las personas, los bienes o el orden público.

BAHREIN¹

Expulsión en ejecución de una decisión judicial

1. Sólo se podrá proceder a la expulsión después de la comunicación de los siguientes documentos:

- texto del fallo definitivo o de la decisión de expulsión;
- copia de los documentos relativos al extranjero y a sus bienes;
- copia del expediente de expulsión.

2. También deberán verificarse los documentos oficiales y títulos de viaje.

¹ Los textos de la legislación mencionada fueron comunicados a la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

3. La decisión de expulsión se ejecutará de la misma manera que toda otra decisión judicial. En caso de obstáculos, el juez encargado de la ejecución de la decisión decidirá el procedimiento a seguir, y posteriormente se transmitirá la decisión a la Dirección para su ejecución.

Expulsión de trabajadores extranjeros sobre la base de la Ley sobre la reglamentación del mercado de trabajo (Ley n.º 19 de 2006)

4. El artículo 27 de la Ley obliga al empleador a afrontar los gastos de repatriación. En caso de que la autoridad incurra en gastos de repatriación para facilitar la expulsión del trabajador extranjero, puede repetir del último empleador en el extranjero. Según el decreto de aplicación n.º 122 (2007), el Ministro del Interior determina las reglas y procedimientos que rigen la expulsión de trabajadores extranjeros o el transporte de sus restos.

5. El trabajador extranjero objeto de expulsión es puesto a disposición de la Dirección General de la Nacionalidad, Pasaportes y Residencia, la que adoptará todas las disposiciones necesarias para la ejecución de la medida de expulsión.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

1. En Bosnia y Herzegovina, el procedimiento para la expulsión de los extranjeros está previsto en la Ley de extranjería y asilo, que fue aprobada por la Asamblea Parlamentaria el 16 de abril de 2008. La Ley de extranjería y asilo fue publicada en el Boletín Oficial N.º 36/08 y entró en vigor el 14 de mayo de 2008.

2. En la Ley mencionada se define la expulsión como una medida por la que se ordena a un extranjero que abandone Bosnia y Herzegovina y se le prohíbe entrar y permanecer en el país por un período de tiempo, que no puede ser inferior a un año ni superior a cinco. El tiempo de la prohibición de entrar dará comienzo el día en que abandone el territorio de Bosnia y Herzegovina. La decisión de expulsar a un extranjero del territorio de Bosnia y Herzegovina, junto con la prohibición de entrar y permanecer en el país durante un determinado período de tiempo, será dictada por el Departamento de Extranjería (dependencia orgánica dentro del Ministerio de Seguridad que tiene independencia operativa para llevar a cabo su misión y sus funciones dentro del ámbito de su competencia), a propuesta del tribunal o sobre la base de una propuesta fundamentada de otra dependencia orgánica del Ministerio, otra autoridad encargada de hacer cumplir la ley u otro organismo.

3. Se puede interponer recurso contra la decisión de expulsar a un extranjero de Bosnia y Herzegovina dictada por el Departamento de Extranjería ante la sede del Ministerio de Seguridad en un plazo de ocho días a contar desde que se recibió la decisión. Si la decisión de expulsión se dictó sobre la base del artículo 88, párr. 1, apdo. i (Motivos para imponer las medidas de expulsión), el plazo para recurrir será de 24 horas a contar desde que se notifique la decisión. El recurso dejará en suspenso la ejecución de la decisión. La sede del Ministerio de Seguridad adoptará una decisión sobre el recurso y la notificará a la parte sin demora y en un plazo máximo de

15 días desde el día en que se recibió el recurso. Hasta que la decisión se haga ejecutable, al extranjero podrá imponérsele una supervisión o una limitación de movimientos a una determinada zona o localidad u ordenársele que se presente a intervalos indicados ante la dependencia orgánica del Departamento de Extranjería del territorio en el que resida.

4. Hasta que termine el procedimiento, al extranjero se le incautarán todos los documentos de viaje que se utilicen para cruzar la frontera estatal de Bosnia y Herzegovina y se le entregará un recibo de lo incautado, salvo que voluntariamente acceda a abandonar el territorio de Bosnia y Herzegovina antes de que termine el procedimiento. De acuerdo con la Ley de extranjería y asilo, está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. La medida de expulsión sólo se puede dictar contra un particular.

5. En la decisión de expulsión se puede determinar el plazo para su ejecución voluntaria, que no puede ser superior a 15 días. En caso de que el extranjero no abandone Bosnia y Herzegovina voluntariamente dentro del plazo establecido para ejecutar la decisión, la decisión definitiva de expulsión será ejecutada por el Departamento de Extranjería mediante medidas de alejamiento forzoso del extranjero del territorio de Bosnia y Herzegovina. Una vez que la decisión de expulsión sea definitiva, el Departamento formulará una conclusión en la que se autorice la ejecución sin demora, como máximo en un plazo de siete días desde la fecha en la que se cumplieron los requisitos necesarios para el alejamiento forzoso del extranjero de Bosnia y Herzegovina. En la conclusión de autorización se establece que la decisión de expulsión se hizo ejecutable y se especificará el modo, el tiempo y el lugar para ejecutarla. Se puede interponer un recurso contra esa conclusión ante la sede del Ministerio de Seguridad en un plazo de ocho días a contar desde la fecha en que sea notificada. El recurso no deja en suspenso la ejecución.

6. Al abandonar Bosnia y Herzegovina, el extranjero contra quien se hubiese impuesto una medida de expulsión se presentará ante el oficial autorizado, para controlar el cruce de la frontera estatal. La Policía Fronteriza de Bosnia y Herzegovina inscribirá en el pasaporte del extranjero el hecho de que ha abandonado el país y lo notificará igualmente al Departamento de Extranjería y al Ministerio de Seguridad. Si el extranjero no tiene pasaporte, se redactará una nota oficial y se entregará al extranjero en cuestión un certificado de que ha abandonado el país. La Policía Fronteriza notificará inmediatamente, dentro del mismo día, al Departamento de Extranjería y al Ministerio de Seguridad que el extranjero al que se había impuesto una medida de expulsión de Bosnia y Herzegovina ha abandonado el país.

BULGARIA

1. El marco jurídico básico con respecto a la expulsión de extranjeros como medida administrativa coercitiva en la legislación nacional de Bulgaria se encuentra en el apartado 3 del artículo 39.a de la Ley de extranjería de Bulgaria y en el apartado 2 del artículo 23, 1) de la Ley de Bulgaria de entrada, residencia y salida de nacionales de la Unión Europea y sus familiares. Se deben tomar

también debidamente en consideración las disposiciones de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (promulgada en el Boletín Estatal N.º 88 de 1993), la Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea¹, la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración², la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar³ y la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países⁴.

2. Las autoridades del Ministerio del Interior o del Organismo Estatal de Seguridad Nacional están facultadas para expulsar a un extranjero a quien se hubiera otorgado un permiso de residencia a largo plazo en otro Estado miembro de la UE; a quien reuniera los requisitos para el otorgamiento de un permiso de residencia a largo plazo en Bulgaria, si dicha persona fuera empleado de una industria u oficina o trabajador autónomo en Bulgaria, o hubiera entrado al país con fines de estudio, incluso formación profesional, si dicha persona o sus familiares representaran una amenaza grave a la seguridad nacional o el orden público, después de celebrar consultas con las autoridades competentes del Estado miembro de la UE del que esa persona fuera titular de un permiso de residencia a largo plazo. En caso de expulsión, se tendrán en cuenta la duración de la residencia del extranjero en el territorio de Bulgaria, su edad, estado de salud, estado civil e integración social, así como la existencia de una relación con el Estado de residencia o la falta de relación con el Estado de origen de esa persona. Las autoridades del Ministerio del Interior o del Organismo Estatal de Seguridad Nacional deberán notificar a las autoridades competentes del Estado miembro respectivo de la UE la ejecución de la decisión de expulsar.

3. El extranjero a quien se hubiera impuesto la medida administrativa coercitiva de expulsión no podrá ser expulsado a un Estado en donde corra peligro su vida y libertad y en donde esté expuesto a riesgo de persecución, tortura o tratos inhumanos o degradantes (artículo 44.a de la Ley de extranjería de Bulgaria).

4. Cuando la expulsión inmediata resulta imposible o la ejecución de las medidas ha de postergarse por motivos de índole jurídica o técnica, la autoridad que dictó la orden en la que se imponía la medida administrativa coercitiva puede aplazar su ejecución hasta que se eliminen los obstáculos que la impiden. Cuando haya concluido el plazo de protección temporal con arreglo a la Ley de asilo y refugiados, la expulsión resulte imposible o sea necesario postergar la ejecución de las medidas por motivos de salud o humanitarios, la autoridad que dictó la orden está facultada para postergar su ejecución hasta que se eliminen los obstáculos que impiden ejecutarla.

5. De acuerdo con la Ley de extranjería, las órdenes de expulsión pueden ser recurridas ante el Tribunal Administrativo Supremo, pero el examen del recurso no deja en suspenso su aplicación.

6. De acuerdo con las disposiciones de la Ley de extranjería y la Ley de entrada, residencia y salida de nacionales de la Unión Europea y sus familiares, una vez impuesta una medida administrativa coercitiva de expulsión, también se le impone obligatoriamente a la persona otra medida administrativa coercitiva consistente en la prohibición de entrar en el país por el plazo mencionado en el artículo 42.h 3) de la Ley de extranjería; es decir, que se impondrá una prohibición de entrar en Bulgaria por un plazo de hasta cinco años. La prohibición de entrar en Bulgaria se puede imponer por un plazo superior a cinco años cuando la persona en cuestión suponga una amenaza grave para el orden público o la seguridad nacional, y en el artículo 26, 2, de la Ley de Bulgaria de entrada, residencia y salida de nacionales de la Unión Europea y sus familiares, que establece que se impondrá una prohibición de entrar en Bulgaria por un plazo de hasta diez años.

CUBA

1. Cuba considera de utilidad la codificación de los derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión, siempre que la codificación del tema esté inspirada en el principio de protección integral de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, y no vulnere la soberanía de los Estados.

2. En relación con las cuestiones generales del proyecto de artículos, Cuba cree necesario incluir un artículo de carácter general, equivalente a una declaración de principios que regule el respeto al derecho interno, al mantenimiento de la seguridad pública de cada Estado y el respeto a los principios de derecho internacional, así como a la no utilización de la expulsión como práctica xenófoba y discriminatoria.

3. En este sentido, Cuba considera también que debe tenerse en cuenta que la persona expulsada quede exonerada de la responsabilidad jurídico-penal en el país autor de la expulsión y, en consecuencia, no debe ser nuevamente procesada por la misma causa en el país de destino, teniendo en cuenta el principio general del derecho de que una persona no será sancionada dos veces por la misma conducta antijurídica.

4. Cuba aprecia, además, que los artículos no contemplan la obligación de comunicar previamente al Estado de destino la aplicación de una expulsión, por lo que propone incluir un artículo que comprometa a los Estados a informar sobre la expulsión de una persona al Estado de destino. En este sentido, Cuba considera pertinente que en el proyecto de artículos se incluya el derecho de las personas expulsadas o en vías de expulsión a la comunicación con la representación consular correspondiente.

5. Asimismo, en relación con el artículo 13 revisado («El caso específico de las personas vulnerables»), deben definirse los conceptos de «niño» y «personas de edad» pues resultan imprecisos y ambiguos teniendo en cuenta

¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 321, 6 de diciembre de 2003, pág. 26.

² *Ibid.*, L 16, 23 de enero de 2004, pág. 44.

³ *Ibid.*, L 251, 3 de octubre de 2003, pág. 12.

⁴ *Ibid.*, L 149, 2 de junio de 2001, pág. 34.

que tampoco se define un rango de edades en cada caso a partir del cual pudiera considerarse la vulnerabilidad de dichas personas.

6. Cuba estima que la protección referida a las mujeres embarazadas, como está previsto en el artículo 13 revisado del mencionado proyecto, debe extenderse a todas las mujeres y a las niñas, proponiéndose para el párrafo 1 la formulación siguiente: «Los niños y las niñas, las mujeres, las personas de avanzada edad y las personas discapacitadas, expulsados o en vías de expulsión, deberán ser considerados, tratados y protegidos como tales, sea cual fuere el carácter de su estancia». En el caso del párrafo 2 del artículo 13, debe incluirse también a las niñas.

7. Cuba considera que el artículo 14 revisado («Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino») debe homogeneizar su lenguaje en relación con el del proyecto general. Este artículo utiliza la palabra «devuelto» y establece la posibilidad de «devolución» como categoría distinta a la expulsión, creando ambigüedad e incongruencias en el lenguaje del texto.

8. En relación con el artículo 14, párr. 3, Cuba entiende que en este punto surge la figura del apátrida como objeto de expulsión, sin que se recoja la posibilidad real de aplicar esta medida a una persona que no tenga reconocido el país de origen, lo que debe modificarse a los efectos de lograr una mayor claridad y coherencia en el proyecto de artículos y evitar ambigüedades.

9. En el caso específico del párrafo 1 del artículo 15 revisado («Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Estado de destino»), Cuba considera necesario incorporar la obligación de demostrar el denominado «riesgo real», ya que lo actualmente estipulado es insuficiente. La expresión «en que exista un riesgo real» podría ser objeto de interpretaciones subjetivas. Además Cuba propone agregar al final del párrafo lo siguiente: «sin antes obtener las garantías de que sus derechos no serán violados por estos motivos».

10. En relación con el resto de los artículos del proyecto, Cuba no tiene objeciones, ni observaciones a su formulación, aunque le parecería oportuno reiterar su posición acerca de que la protección de los derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión no puede constituir un límite para el ejercicio del derecho de expulsión del Estado.

PERÚ

1. El Decreto Legislativo 703, que aprueba la Ley de Extranjería, establece las disposiciones legales sobre el ingreso, la permanencia, la residencia y la salida de extranjeros en el territorio del Perú. Asimismo, señala las causales y sanciones que pueden imponerse a un extranjero que infringe las disposiciones de la materia, así como las autoridades competentes.

2. Los procedimientos administrativos para aplicar la sanción de expulsión se inician con la información obtenida

de la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú (la información se consolida en un atestado o informe policial). Esta información es canalizada a la Dirección General de Migraciones y Naturalización. La Oficina de Asesoría Legal de la Dirección emite el dictamen correspondiente indicando la procedencia o no de la sanción, correspondiendo la actuación a la Comisión de Extranjería.

3. Esta Comisión está conformada por el Director General de Política Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Director General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior y el Jefe de la División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú, que mediante un acuerdo afianzado en un acta de sesión determinan la expulsión del extranjero, que podría ser por mandato de la autoridad judicial o por infracción administrativa de la Ley de Extranjería, según las circunstancias.

4. La Dirección General de Migraciones y Naturalización proyecta una resolución ministerial para ser suscrita por el Ministro del Interior.

5. La División de Extranjería procede a notificar al extranjero para su presentación en la dependencia policial, hace entrega del documento oficial de expulsión y conduce al extranjero a la frontera terrestre, si es esta la vía determinada para la salida del país, o al aeropuerto internacional en caso de que el viaje sea por vía aérea.

6. La Dirección General de Migraciones y Naturalización registra en su sistema informático la sanción de expulsión con la finalidad de que las autoridades de fronteras no permitan el ingreso del extranjero infractor.

REPÚBLICA DE COREA

Limitaciones del derecho de expulsión: protección de los derechos humanos.

a) *Dignidad, búsqueda de la felicidad e igualdad*

1. En la República de Corea, todas las personas tendrán asegurados su valor y dignidad como seres humanos y tendrán derecho a la búsqueda de la felicidad. El derecho se aplica también a los extranjeros y está prohibida toda discriminación por motivos de sexo, religión o condición social (artículos 10 y 11 de la Constitución).

b) *Principio de no devolución*

2. En su condición de parte contratante en la Convención sobre el estatuto de los refugiados, la República de Corea no «podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas» (artículo 33 de la Convención).

3. En su condición de parte contratante en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la República de Corea no «procederá a la expulsión, devolución o extradición de

una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura» (artículo 3, párr. 1, de la Convención).

c) *Garantías procesales debidas*

i) Decisión de expulsión

4. *Investigación.* El oficial de control de inmigración puede investigar a los extranjeros que presuntamente infrinjan la Ley de control de la inmigración (artículos 47 a 50 de la Ley de control de la inmigración).

5. *Examen.* Cuando el oficial de control de inmigración ha terminado la investigación de un sospechoso, el jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros examinarán y tomarán sin demora una determinación sobre la expulsión (artículo 58 de la Ley de control de la inmigración).

6. *Después del examen.* Si se determina que el sospechoso no ha infringido la Ley de control de la inmigración, el jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros informarán sin demora del resultado al sospechoso, y si había sido internado lo pondrán inmediatamente en libertad (párrafo 1 del artículo 59 de la Ley de control de la inmigración).

7. Si el jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros determina después del examen que el sospechoso ha infringido la Ley de control de la inmigración, podrá dictar una orden de deportación. En caso de que la dicte, informará al sospechoso de que puede impugnarla ante el Ministro de Justicia (párrafos 2 y 3 del artículo 59 de la Ley de control de la inmigración).

ii) Ejecución de órdenes de deportación y repatriación

8. La orden de deportación será ejecutada por un oficial de control de inmigración. El jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de internamiento de extranjeros podrá encargar a cualquier oficial de la policía judicial que ejecute la orden de deportación (artículo 62 de la Ley de control de la inmigración).

9. Para ejecutar una orden de deportación, ésta se le debe entregar a la persona que es objeto de ella, que será repatriada sin demora al país de su nacionalidad o ciudadanía (artículos 62 y 64 de la Ley de control de la inmigración).

10. No existen disposiciones sobre la obligación de informar al país de repatriación del motivo de la expulsión. Excepto quienes hayan cometido un delito grave, la

mayoría de los extranjeros en situación ilegal, sin informar a sus embajadas nacionales, recibirá un sello en su pasaporte con las disposiciones pertinentes estampadas después de examinarlo.

iii) Detención de las personas que son objeto de una orden de deportación

11. Si resulta imposible repatriar inmediatamente a una persona que sea objeto de una orden de deportación, el jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o el jefe de un centro de detención de extranjeros podrá detenerla en una sala de detención de extranjeros, un centro de detención de extranjeros u otro lugar designado por el Ministro de Justicia hasta que sea posible repatriarla (párrafo 1 del artículo 63 de la Ley de control de la inmigración).

iv) Impugnación

12. Si la persona que es objeto de una orden de deportación desea impugnarla, presentará un recurso ante el Ministro de Justicia por conducto del jefe de la oficina de inmigración o de una oficina auxiliar o del jefe de un centro de internamiento de extranjeros dentro de los siete días siguientes a la recepción de la orden de deportación (artículo 60 de la Ley de control de la inmigración).

SUDÁFRICA

1. El derecho de Sudáfrica de expulsar a extranjeros es inherente a su soberanía como Estado. En la legislación sobre inmigración de Sudáfrica se prefiere el término «deportación» al de «expulsión». El derecho de Sudáfrica a expulsar mediante una deportación sólo se encuentra dentro de lo establecido en la Ley de inmigración N.º 13 de 2002, enmendada. El derecho de Sudáfrica de expulsar extranjeros incluye el derecho de controlar la admisión en su territorio y establecer los motivos para la expulsión de los extranjeros en función de sus leyes y reglamentos de inmigración. La intención de los redactores de la Ley era establecer un sistema de control de la inmigración compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales de Sudáfrica.

2. Cuando es el Estado que expulsa, Sudáfrica tiene la obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada. Está obligada a respetar los límites que se derivan del derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos. Los derechos humanos internacionales, ya figuren en las disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, están concebidos para asegurar que los particulares tengan recursos a su disposición cuando los gobiernos violen sus derechos

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/630

Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)»

Estudio de la Secretaría

[Original: inglés/francés]
[18 de junio de 2010]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....		344
Obras citadas en el presente documento.....		348
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN.....	1-6	348
<i>Capítulo</i>		
I. TIPOLOGÍA Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS CONVENCIONES MULTILATERALES QUE PUEDEN RESULTAR PERTINENTES PARA LA LABOR DE LA COMISIÓN SOBRE EL TEMA «LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (<i>AUT DEDERE AUT JUDICARE</i>)».....	7-124	349
A. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, y otras convenciones que han seguido el mismo modelo.....	10-43	350
1. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda.....	10-27	350
<i>a)</i> Disposiciones pertinentes.....	10-15	350
<i>b)</i> Trabajos preparatorios.....	16-26	351
<i>c)</i> Reservas.....	27	352
2. Otras convenciones.....	28-42	352
<i>a)</i> Disposiciones pertinentes.....	28-42	352
<i>b)</i> Reservas.....	43	356
B. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional I.....	44-60	356
1. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra.....	44-58	356
<i>a)</i> Disposiciones pertinentes.....	44-48	356
<i>b)</i> Trabajos preparatorios.....	49-57	357
<i>c)</i> Reservas.....	58	359
2. El Protocolo adicional I.....	59-60	359
C. Convenciones regionales de extradición.....	61-89	359
1. Convenciones americanas de extradición.....	62-72	359
<i>a)</i> Disposiciones pertinentes.....	62-66	359
<i>b)</i> Trabajos preparatorios.....	67-70	360
<i>c)</i> Reservas.....	71-72	361
2. Convenio europeo de extradición.....	73-89	361
<i>a)</i> Disposiciones pertinentes.....	74-77	361
<i>b)</i> Trabajos preparatorios.....	78-84	362
<i>c)</i> Reservas.....	85-86	364
3. Otras convenciones regionales sobre extradición.....	87-89	364

	Párrafos	Página
D. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y otros instrumentos que siguen el mismo modelo	90-124	365
1. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.....	91-107	365
a) Disposiciones aplicables.....	92-97	365
b) Trabajos preparatorios	98-106	366
c) Reservas.....	107	369
2. Otros instrumentos	108-124	369
a) Disposiciones aplicables.....	108-119	369
b) Reservas.....	120-124	378
II. CONCLUSIONES	125-153	380
A. Relación entre extradición y enjuiciamiento en las cláusulas correspondientes	126-136	380
1. Cláusulas que imponen la obligación de juzgar <i>ipso facto</i> , con la posible alternativa de la extradición...	127-131	380
2. Cláusulas que imponen la obligación de juzgar únicamente cuando se ha solicitado la extradición y no se ha concedido.....	132-136	382
B. Condiciones aplicables a la extradición.....	137-142	383
C. Condiciones aplicables al enjuiciamiento.....	143-148	385
D. Observaciones finales	149-153	387
ANEXO. Convenciones multilaterales incluidas en el estudio, en orden cronológico, con el texto de las disposiciones pertinentes...		388

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

Fuente

Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 23 de enero de 1889)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> n.º 34, Documentos Oficiales, OEA, Ser.X/7, pág. 1.
Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (Ginebra, 6 de julio de 1906)	CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , Ginebra, 1953, pág. 18.
Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) (Convención de derecho internacional privado) (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. LXXXVI, n.º 1950, pág. 112.
Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929)	Ibíd., vol. CXII, n.º 2623, pág. 371. En español, véase España, <i>Gaceta de Madrid</i> , n.º 98, 8 de abril de 1931, pág. 98.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de los ejércitos en campaña (Ginebra, 27 de julio de 1929)	Ibíd., vol. CXVIII, n.º 2733, pág. 303.
Convención sobre Extradición (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Ibíd., vol. CLXV, n.º 3803, pág. 46.
Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (Ginebra, 26 de junio de 1936)	Ibíd., vol. CXCVIII, n.º 4648, pág. 299. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 233, 29 de septiembre de 1970, pág. 16053.
Convenio para la creación de una corte penal internacional (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Sociedad de las Naciones, <i>Official Journal</i> , enero de 1938, pág. 37 (n.º C.547.M.384.1937.V).
Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Ibíd., documento C.546.M.383.1937.V.
Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 19 de marzo de 1940)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> n.º 34, Documentos Oficiales, Ser.X/7, pág. 70.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.

Fuente

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17513, pág. 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Nueva York, 2 de diciembre de 1949)	Ibíd., vol. 96, n.º 1342, pág. 271.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978)	Ibíd., vol. 1496, n.º 5146, pág. 328.
Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibíd., vol. 520, n.º 7515, pág. 151.
Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (Ginebra, 25 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 976, n.º 14151, pág. 58.
Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (con anexos) (Nueva York, 8 de agosto de 1975)	Ibíd., vol. 976, n.º 14152, pág. 105.
Convenio general sobre cooperación judicial (Antananarivo, 12 de septiembre de 1961)	<i>Journal officiel de la République Malgache</i> , 23 de diciembre de 1961, pág. 2242.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 704, n.º 10106, pág. 242.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, n.º 12325, pág. 105.
Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional (Washington D.C., 2 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1438, n.º 24381, pág. 194.
Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibíd., vol. 974, n.º 14118, pág. 198.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 24 de febrero de 1988)	Ibíd., vol. 1589, pág. 474.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Ibíd., vol. 1137, n.º 17828, pág. 93. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 242-1980, 8 de octubre de 1980.

Fuente

Protocolo de enmienda al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 190.
Convención para la eliminación de la actividad de mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1490, n.º 25573, pág. 89.
Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 26 de octubre de 1979)	Ibíd., vol. 1456, n.º 24631, pág. 101.
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1316, n.º 21931, pág. 238.
Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981)	Ibíd., vol. 1752, n.º 30597, pág. 177.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> , n.º 67.
Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987)	<i>International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.08.V.2), pág. 174.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1678, n.º 29004, pág. 201.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Ibíd., vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 2163, n.º 37789, pág. 119.
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994)	OEA, <i>Documentos oficiales</i> , OEA/Ser.A/55 (SEPF).
Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre extradición (Abuja, 6 de agosto de 1994)	<i>Journal officiel de la CEDEAO</i> , vol. 27, julio/agosto de 1994, pág. 11.
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2051, n.º 35457, pág. 423.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 8 de diciembre de 2005)	Resolución 60/42 de la Asamblea General, anexo.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (23 de octubre de 1996)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> n.º C 313/22, de 23 de octubre de 1996
Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (Washington D.C., 14 de noviembre de 1997)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2029, n.º 35005, pág. 100.
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Ibíd., vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.
Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (París, 17 de diciembre de 1997)	OCDE, DAF/IME/BR(97)20. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 46, pág. 7155.
Convención árabe sobre la represión del terrorismo (El Cairo, 22 de abril de 1998)	Naciones Unidas, <i>Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional</i> , publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: S.08.V.2), Nueva York, 2009, pág. 191.
Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1998)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 172.
Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2216, n.º 39391, pág. 225. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 182, 28 de julio de 2010, pág. 65780.

Fuente

- Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999) *Ibíd.*, vol. 2253, n.º A-3511, pág. 266.
- Convenio de la Organización de la Conferencia Islámica para la Lucha contra el Terrorismo Internacional (Uagadugú, 1.º de julio de 1999) Naciones Unidas, *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: S.08.V.2), Nueva York, 2009, pág. 219.
- Convención de la OUA para prevenir y combatir el terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2219, n.º 39464, pág. 179.
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999) *Ibíd.*, vol. 2178, n.º 38349, pág. 267.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000) *Ibíd.*, vol. 2171, n.º 27531, pág. 227.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000) *Ibíd.*, vol. 2225, n.º 39574, pág. 209.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000) *Ibíd.*, vol. 2237, n.º 39574, pág. 319.
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000) *Ibíd.*, vol. 2241, n.º 39574, pág. 480.
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001) *Ibíd.*, vol. 2326, n.º 39574, pág. 211.
- Convenio sobre la ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001) Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 185. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 226, 17 de septiembre de 2010, pág. 7884.
- Programa de Londres para la extradición en el Commonwealth (Kingston, 21 de noviembre de 2002) *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 28 (n.º 2), 2002, pág. 1196.
- Convención para prevenir y combatir la corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003) *ILM*, vol. XLIII, 2004, pág. 5.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
- Convenio del Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo sobre la Lucha contra el Terrorismo (Kuwait, 4 de mayo de 2004) Naciones Unidas, *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: S.08.V.2), Nueva York, 2009, pág. 280.
- Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2445, n.º 44004, pág. 89.
- Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005) *Ibíd.*, vol. 2488, n.º 44655.
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006) A/RES/61/177.
- Convención para la prevención contra el terrorismo (Cebú (Filipinas), 13 de enero de 2007) *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.08.V.2, pág. 366.

Obras citadas en el presente documento

AMNISTÍA INTERNACIONAL

«International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*)», Londres, Amnistía Internacional, 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif y Edward M. WISE

Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

BENAVIDES, Luis

«The universal jurisdiction principle: nature and scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, págs. 19 a 96. Resumen en español, pág. 19.

BIGAY, Jacques

«Extrader ou punir», *Revue de droit pénal et de criminologie*, número especial, n.º 1 y 2 (enero-febrero de 1980), págs. 113 a 130.

CONDORELLI, Luigi

«Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977», en P. Lamberti Zanardi y G. Venturini (eds.), *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15-17 maggio 1997*, Milán, Giuffrè, 1998.

COSTELLO, Declan

«International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, n.º 2-3 (agosto-diciembre de 1975), págs. 483 a 501.

DINSTEIN, Yoram

«Criminal jurisdiction over aircraft hijacking», *Israel Law Review*, vol. 7, n.º 2 (abril de 1972), págs. 195 a 206.

DUGARD, John y Christine VAN DEN WYNGAERT

«Reconciling extradition with human rights», *AJIL*, vol. 92, n.º 2 (abril de 1998), págs. 187 a 212.

ENACHE-BROWN, Colleen y Ari FRIED

«Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», *Revue de droit de McGill*, vol. 43 (1997-1998), págs. 613 a 633.

FELLER, S. Z.

«Comment on 'Criminal jurisdiction over aircraft hijacking'», *Israel Law Review*, vol. 7, n.º 2 (abril de 1972), págs. 207 a 213.

GROCIO, Hugo

Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Reus, 1925.

GUILLAUME, Gilbert

«Terrorisme et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989-III, t. 215, Dordrecht, Boston y Londres, Martinus Nijhoff, 1990, págs. 290 a 371).

HENZELIN, Marc

Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pág. 354.

KOLB, Robert

«The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists», en Andra Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford y Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, págs. 227 a 281.

MAIERHÖFER, Christian

«*Aut dedere–aut iudicare*». *Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.

MITCHELL, Claire

Aut Dedere Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law, eCahiers de l'Institut N.º 2, Ginebra, Institut de hautes études internationales et du développement, 2009.

PICTET, Jean

Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire, t. IV, Ginebra, CICR, 1956.

PLACHTA, Michael

«Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*», *Resource Material Series* (Tokio), n.º 57 (septiembre de 2001), págs. 64 a 86.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio

Proyecto de código de derecho internacional privado, La Habana, Imprenta Siglo XX, 1925.

La Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro y el derecho internacional, La Habana, Cultural, S.A., 1927, págs. 19 a 21.

WHITE, Gillian M. E.

«The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft», *The Review of the International Commission of Jurists*, vol. 6 (abril-junio de 1971), págs. 38 a 45.

WISE, Edward

«The obligation to extradite or prosecute», *Israel Law Review*, vol. 27 (1993), págs. 268 a 287.

WOOD, Michael

«The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, parte 4 (octubre de 1974), págs. 791 a 817.

Introducción

1. En su 56.º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de Derecho Internacional seleccionó el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» para incluirlo en su programa de trabajo a largo plazo¹. En el anexo del informe de la Comisión relativo a ese año figuraba una breve sinopsis en la que se

indicaba la manera de abordar el tema y su posible estructura general². En su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General tomó nota del informe de la Comisión sobre su programa de trabajo a largo plazo. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión decidió incluir el tema «La obligación de extraditar o juzgar

¹ Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 130, párrs. 362 y 363.

² *Ibíd.*, pág. 133.

(*aut dedere aut judicare*)» en su actual programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Zdizslaw Galicki³. En el párrafo 5 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

2. Entre sus períodos de sesiones 58.º (2006) y 61.º (2009), la Comisión recibió y examinó tres informes del Relator Especial⁴. También recibió observaciones e información de los gobiernos⁵. En su 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo sobre el tema, presidido por el Sr. Alain Pellet, cuyo mandato y composición se determinaría en el 61.º período de sesiones, en 2009⁶. Conforme a esa decisión, en su 61.º período de sesiones la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta⁷, que celebró tres reuniones⁸. El Grupo de Trabajo convino en que su mandato sería elaborar un marco general para el tratamiento del tema, a fin de especificar las cuestiones que había que tratar y de definir asimismo un orden de prioridad. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Trabajo⁹, e incluyó en su informe anual el marco general

³ En su 2865.ª sesión, el 4 de agosto de 2005 (*Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 500).

⁴ Respectivamente, su informe preliminar en 2006 (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571), su segundo informe en 2007 (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585) y su tercer informe en 2008 (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603).

⁵ Véase *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4; *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/599; y *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612.

⁶ En su 2988.ª sesión, el 31 de julio de 2008 (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 315).

⁷ En su 3011.ª sesión, el 27 de mayo de 2009 (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 198).

⁸ El Grupo de Trabajo se reunió los días 28 de mayo y 29 y 30 de julio de 2009 (*ibíd.*, párr. 200).

⁹ En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009 (*ibíd.*, párr. 199).

propuesto para el examen del tema, elaborado por el Grupo de Trabajo¹⁰.

3. El presente estudio, elaborado por la Secretaría, pretende servir de ayuda a la Comisión facilitando información sobre instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para su labor futura sobre el presente tema. A este respecto, debe recordarse que el Grupo de Trabajo subrayó esta cuestión en la sección a, ii), del marco general propuesto, que se refiere a «La obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor»¹¹.

4. La Secretaría ha realizado un examen exhaustivo de las convenciones multilaterales, tanto a nivel universal como regional, que ha permitido identificar 61 instrumentos multilaterales que contienen disposiciones que combinan la extradición y el enjuiciamiento como métodos alternativos para el castigo de los delincuentes. En el capítulo I del presente estudio figuran la descripción y una tipología de los instrumentos pertinentes a la luz de esas disposiciones, y se examinan los trabajos preparatorios de ciertas convenciones clave que sirvieron de modelo en esta esfera, así como las reservas formuladas a las disposiciones en cuestión. Asimismo, se señalan las diferencias y semejanzas entre las disposiciones examinadas en las distintas convenciones y su evolución.

5. En el capítulo II se proponen varias conclusiones generales, basadas en el examen que figura en el capítulo I, en lo que respecta a: a) la relación entre la extradición y el enjuiciamiento en las disposiciones pertinentes; b) las condiciones aplicables a la extradición en las distintas convenciones; y c) las condiciones aplicables al enjuiciamiento en las diversas convenciones.

6. En el anexo se incluye una lista cronológica de las convenciones identificadas por la Secretaría que contienen disposiciones que combinan la extradición y el enjuiciamiento, tal como se describen en el presente estudio, y se reproduce el texto de esas disposiciones.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 204.

¹¹ *Ibíd.*

CAPÍTULO I

Tipología y análisis comparativo de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)»

7. En el presente capítulo figura la descripción y una tipología de las disposiciones incluidas en los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», con el fin de ofrecer una visión comparativa del contenido y la evolución de tales disposiciones en la práctica convencional. A tal fin, las convenciones que contienen ese tipo de disposiciones se han clasificado en las cuatro categorías siguientes:

a) El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, y otras convenciones que siguen el mismo modelo;

b) Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I);

c) Convenciones regionales de extradición;

d) El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y otros instrumentos que siguen el mismo modelo.

8. Esta clasificación aúna criterios cronológicos y sustantivos. En primer lugar, refleja en buena medida la

evolución en la redacción de las disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento, lo que permite comprender la influencia que ciertos instrumentos (como el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, de 1929, y el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970), han ejercido en la práctica convencional y cómo esas disposiciones han cambiado a lo largo del tiempo. En segundo lugar, la clasificación pone de relieve algunas similitudes fundamentales en el contenido de las disposiciones pertenecientes a la misma categoría, facilitando con ello una mejor comprensión de su alcance exacto y de las principales cuestiones que se han examinado al respecto. No obstante, debe observarse desde un primer momento que, aunque la clasificación indica algunas tendencias generales en este campo, no debe entenderse en el sentido de que refleja una separación de las disposiciones pertinentes en categorías rígidas: a menudo las convenciones que pertenecen a una misma categoría difieren mucho en cuanto a su contenido, y las técnicas de redacción de algunas convenciones a veces se han empleado en convenciones que pertenecen a una categoría distinta.

9. En cada una de las siguientes secciones se identifican una o más convenciones clave que han servido de modelo en su correspondiente esfera y se ofrece una descripción del mecanismo para el castigo de los delincuentes previsto en ella, los trabajos preparatorios pertinentes y las reservas que afectan a los efectos jurídicos de las disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento. En cada subsección se enumeran también otras convenciones que pertenecen a la misma categoría y se describe cómo han seguido esas convenciones el modelo original —o cómo se han apartado de él—, con información sobre los aspectos pertinentes de los trabajos preparatorios y las reservas.

A. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, y otras convenciones que han seguido el mismo modelo

1. EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA

a) Disposiciones pertinentes

10. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda contiene dos disposiciones que combinan la extradición y el enjuiciamiento y que sirvieron de prototipo para una serie de tratados concluidos posteriormente relacionados con la represión de delitos internacionales¹². El mecanismo adoptado por el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda se consideró una aplicación indispensable del principio subyacente de que «la falsificación de moneda no debe quedar impune en lugar alguno»¹³. La misma

noción se refleja también en el artículo 1 del Convenio, en el que las partes reconocen las normas expuestas en la primera parte del Convenio «como el medio más eficaz, en las circunstancias actuales, para prevenir y reprimir las infracciones de falsificación de moneda». Conforme al artículo 3, las partes se comprometen a castigar los delitos pertinentes como infracciones al derecho común.

11. El mecanismo del Convenio distingue entre nacionales y no nacionales del Estado de que se trate. Asimismo, reconoce que los Estados utilizan prácticas diferentes en cuanto al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, por lo que no obliga a los Estados a establecer su jurisdicción en todos los casos en que se deniegue la extradición¹⁴.

12. El artículo 8 del Convenio regula la cuestión de los nacionales que han cometido un delito en el extranjero:

En los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales, sus súbditos que hayan vuelto al territorio de su país, después de haber sido culpables en el extranjero de hechos previstos por el artículo 3, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiese sido cometido en su propio territorio, y eso aún en el caso de que el culpable hubiere adquirido su nacionalidad posteriormente a la realización de la infracción.

Esta disposición no será aplicable si, en caso semejante, no pudiere ser concedida la extradición de un extranjero.

Se entiende que la extradición se aplicaría en todos los casos por aquellos países que permiten que sus nacionales sean extraditados¹⁵.

13. El artículo 9 regula la situación de los extranjeros que están en el territorio de un tercer Estado:

Los extranjeros que hayan cometido hechos previstos en el artículo 3 y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país.

La obligación de la persecución se subordinará a la condición de que la extradición haya sido solicitada y que el país requerido no pueda entregar al inculcado por una razón sin relación con el hecho.

14. El artículo 10 establece el régimen de extradición aplicable a los delitos que se mencionan en el artículo 3. Se distingue entre los Estados que subordinan la extradición a la existencia de un tratado y los que no lo hacen¹⁶. El primer párrafo se refiere a la primera categoría de Estados y dispone que los hechos pertinentes «serán de pleno derecho comprendidos como casos de extradición en todo tratado de extradición ultimado o que fuera a ultimarse entre las diversas Altas Partes contratantes». Según el segundo párrafo, los Estados que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado o a una condición de reciprocidad se comprometen a reconocer los delitos como casos de extradición entre ellos. El tercer párrafo establece que «[l]a extradición se concederá conforme al derecho del país requerido».

¹² Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas; Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; Convención única de 1961 sobre Estupefacientes; y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, 1971.

¹³ Sociedad de las Naciones, *Comptes rendus de la Conférence internationale pour l'adoption d'une convention pour la repression du faux monnayage, Genève, du 9 au 20 avril 1929* (C.328.M.114.1929. II), anexo III, pág. 234.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Véase la observación de Gran Bretaña durante el debate plenario, *Comptes rendus...* (nota 13 *supra*), págs. 73 y 74.

15. El Convenio también contiene dos disposiciones que protegen la legislación y administración penal interna de los Estados participantes en el marco de su aplicación. El artículo 17 dispone que la actitud de un Estado con respecto al asunto general de la competencia de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional no se verá afectada por su participación en el Convenio. El artículo 18 especifica que, sin permitir la impunidad, el Convenio no afecta al principio de que los delitos deben ser «calificados, perseguidos y juzgados en cada país conforme a las reglas generales de su legislación interna»¹⁷.

b) *Trabajos preparatorios*

16. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda fue adoptado en una conferencia internacional celebrada en Ginebra del 9 al 20 de abril de 1929 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. La Conferencia trabajó sobre la base del texto de un proyecto de convenio¹⁸ elaborado por un Comité Mixto que había sido establecido por la Sociedad de las Naciones¹⁹. La Conferencia también tuvo ante sí las observaciones de los gobiernos sobre el informe del Comité Mixto²⁰. El proyecto de texto propuesto por el Comité Mixto fue examinado por un Comité Jurídico de la Conferencia²¹, que presentó un proyecto de convenio enmendado al plenario.

17. En la parte explicativa de su informe²², el Comité Mixto subrayó que, al elaborar el proyecto de convenio, había tratado de proponer las normas más eficaces para ocuparse del delito de falsificación, evitando al mismo tiempo infringir los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Por consiguiente, reconoció las diferentes prácticas de los Estados con respecto a la extradición de nacionales y la jurisdicción extraterritorial. El proyecto de convenio contemplaba que los Estados que permitieran la extradición de sus propios nacionales entregarían a los delincuentes en todos los casos, y que la obligación de juzgar sólo se aplicaría a los demás Estados (y para estos últimos, la obligación no sería absoluta, ya que el enjuiciamiento no sería obligatorio cuando la solicitud de extradición se hubiera denegado por motivos relacionados directamente con la imputación (transcurso del plazo de prescripción, por ejemplo))²³.

¹⁷ El protocolo adicional incluido en el Convenio aclara aún más esta situación al disponer que «el Convenio no perjudica al derecho de las Altas Partes contratantes de regular en su legislación interna, como ellas lo entiendan, el régimen de las circunstancias modificativas, así como los derechos de indulto y amnistía» (secc. I, párr. 2).

¹⁸ *Comptes rendus...* (nota 13 *supra*), anexo III B.

¹⁹ El Comité, cuyos miembros fueron nombrados por el Consejo, se estableció por recomendación del Comité Financiero, al que inicialmente se le había encargado estudiar la cuestión de la celebración de un convenio sobre el tema. El informe del Comité Financiero (presentado en diciembre de 1926) ya contenía, entre otras cosas, la recomendación de que los Estados sancionaran a sus nacionales que hubieran realizado actos de falsificación en el extranjero «como si el delito se hubiera cometido en su territorio», excepto cuando el Estado aceptara su extradición (ibíd., anexo II, pág. 226).

²⁰ Ibíd., anexo V.

²¹ Además, las disposiciones relativas a la opción entre extradición y enjuiciamiento fueron presentadas a un subcomité del Comité Jurídico para que las examinara más en profundidad.

²² Ibíd., anexo III, pág. 230.

²³ Ibíd., anexo III, pág. 234.

18. En este mismo orden de ideas, en el proyecto de texto del Comité Mixto, la obligación de un tercer Estado de juzgar a un delincuente dependería de si el sistema penal de ese Estado se basaba en el principio de territorialidad. Si el Estado no aplicara el principio de jurisdicción extraterritorial, concedería la extradición. Esta práctica de no interferir en la jurisdicción penal de los Estados se reforzó aún más con un proyecto de disposición (que posteriormente pasó a ser el artículo 17) que mantenía a salvo el «principio del carácter territorial del derecho penal»²⁴.

19. Además del aspecto jurisdiccional, la obligación de un tercer Estado de juzgar se supeditaba a la condición de que la extradición no se hubiera realizado, o no pudiera concederse, y a la existencia de una reclamación o de una notificación de la parte lesionada. Esta última condición se añadió porque se consideraba que el Estado lesionado o el Estado *loci delicti* era el que estaba en la mejor posición para pronunciarse sobre la conveniencia de juzgar²⁵.

20. El Comité Jurídico mantuvo, con algunas modificaciones, el grueso del texto propuesto por el Comité Mixto, y en particular el principio subyacente de no perjudicar la legislación y administración penal de los Estados.

21. No obstante, durante el debate del Comité Jurídico se intentó colmar una laguna en el texto del Comité Mixto proponiendo una disposición que convertiría en obligatoria la extradición de nacionales para los países que en principio la permitieran, con independencia de que los tratados de extradición aplicables incluyeran una reserva a tal efecto²⁶. Aunque se reconoció dicha laguna, los países a los que se habría aplicado esta disposición²⁷ se opusieron enérgicamente a la idea de convertir la extradición de sus nacionales en una obligación absoluta, y la disposición propuesta no fue finalmente incorporada al texto definitivo del convenio.

22. También se planteó la cuestión del alcance de la obligación de juzgar, junto con el debate sobre la expresión «como regla general» que figura en el artículo 9²⁸. En respuesta a una preocupación expresada por algunas delegaciones, el Relator del Comité Jurídico aclaró que, conforme a la referida disposición, sólo los Estados que aplicaban el principio de territorialidad estaban exentos de la obligación de juzgar. En este sentido, explicó que la disposición (que calificó de «primer paso para admitir en el futuro, sin reservas, el principio de la universalidad de la justicia en el enjuiciamiento de los delincuentes») debía ser aplicada por los países que permitían procedimientos por delitos cometidos en el extranjero, «procedimientos que estaban justificados por la naturaleza del delito o el

²⁴ Ibíd., anexo III, pág. 242.

²⁵ Ibíd.

²⁶ Ibíd., págs. 154 y 155 (véase la propuesta de Alemania).

²⁷ Ibíd. (véanse las observaciones de los Estados Unidos y Gran Bretaña).

²⁸ Esta cuestión se planteó tanto en el seno del Comité Jurídico como en el plenario (ibíd., págs. 88, 155 y 156). Debe observarse también que la correspondiente expresión «como regla general» que figuraba en el proyecto de artículo 1, párr. X (art. 8 definitivo) se omitió «por innecesaria» (ibíd., pág. 162).

interés lesionado, o bien por la nacionalidad del delincuente, entre otros criterios»²⁹.

23. También en el contexto del artículo 9, el Comité Jurídico decidió subordinar la obligación de entablar un procedimiento contra un presunto delincuente a la condición de que la extradición hubiera sido pedida pero no se pudiera conceder por motivos no relacionados con el delito. Se consideró que el país directamente afectado por el delito estaría en mejor posición para iniciar actuaciones judiciales y que el país de refugio sólo enjuiciaría cuando no pudiera concederse la extradición, para garantizar el respeto del principio subyacente del Convenio, es decir que «ningún falsificador debe quedar impune»³⁰. No obstante, el Comité Jurídico decidió no supeditar la obligación de iniciar el procedimiento a la existencia de una reclamación o una notificación oficial de una autoridad extranjera solicitando tal procedimiento³¹.

24. Los trabajos preparatorios también ponen de relieve un debate esencial sobre los efectos que las disposiciones pertinentes tendrían en ciertos principios del derecho penal internacional o en los sistemas internos de derecho penal de los Estados. En ese contexto, en cuanto al artículo 8, se aclaró que la frase «de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en su propio territorio» no afectaba a la aplicación de ciertos principios, como los de *non bis in idem* o *lex mitior*, y que el enjuiciamiento y la imposición de sanciones se llevarían a cabo conforme a los principios contenidos en los códigos penales de cada Estado³². Del mismo modo, en relación con el artículo 9, se explicó que el principio de las facultades discrecionales de la autoridad encargada del enjuiciamiento no se vería afectado por el Convenio, siempre que se aplicara de buena fe³³. Por otra parte, para dejar perfectamente claro que «nada de lo dispuesto debía entenderse en perjuicio de la administración y legislación penal general de cada país en su esfera doméstica», el Comité Jurídico añadió el texto del artículo 18³⁴.

25. En el proyecto de texto del Comité Mixto también se proponía un régimen de extradición en el que las infracciones mencionadas en el Convenio se reconocerían como «delitos susceptibles de extradición» y la extradición se concedería de conformidad con el derecho interno del Estado requerido³⁵. Aunque el Comité Jurídico mantuvo la lógica interna de esta disposición, se observó que «el nuevo Convenio no debería alterar todo el sistema de extradición»: por consiguiente, la

disposición (que pasó a ser el artículo 10³⁶) fue modificada para someter los delitos a los procedimientos de extradición en vigor entre los Estados, con independencia de que se basaran en tratados de extradición o en el principio de reciprocidad³⁷.

26. El texto del proyecto de convenio propuesto por el Comité Mixto contenía además un artículo que disponía que el delito de falsificación de moneda no debía considerarse en general un delito político³⁸. Aunque esta cuestión fue objeto de amplios debates durante la Conferencia³⁹, finalmente se decidió omitir cualquier mención a los delitos políticos, dejando libertad a cada país para decidir su propia posición al respecto⁴⁰. La cuestión de los delitos políticos, que también se planteó en relación con el artículo 3 del Convenio, culminó en la inclusión en dicho artículo de una referencia a las «infracciones al derecho común», para evitar el establecimiento de cualquier trato favorable al delito de falsificación⁴¹. Además, se elaboró un Protocolo facultativo sobre la represión de la falsificación de moneda, en virtud del cual las Altas Partes Contratantes se comprometían, «en sus relaciones recíprocas, a considerar, en lo que respecta a la extradición, los hechos a los que se refiere el artículo 3 del citado Convenio como infracciones al derecho común»⁴².

c) Reservas

27. Al hacerse partes en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, algunos Estados formularon reservas a las disposiciones relativas al enjuiciamiento y la extradición. Refiriéndose a sus respectivas normas penales internas y su legislación en materia de extradición, Andorra y Noruega formularon reservas respecto de la aplicación del artículo 10.

2. OTRAS CONVENCIONES

a) Disposiciones pertinentes

28. Las convenciones que se enumeran a continuación (en orden cronológico) contienen un mecanismo de castigo de los delincuentes para el que el Convenio internacional

²⁹ Véase el párrafo 14 *supra*.

³⁰ *Comptes rendus...* (nota 13 *supra*), pág. 158.

³¹ «La motivación política de un delincuente no basta para que un delito comprendido en el ámbito del presente Convenio tenga la consideración de político» (proyecto de artículo 1, párr. IX), *ibíd.*, anexo III, pág. 240.

³² Para el debate en el Comité Jurídico, véase *ibíd.*, págs. 139 a 147. Para el debate en el plenario, véase *ibíd.*, págs. 53 a 70, 84 y 85. Durante el debate de este proyecto de disposición varios delegados indicaron que no podían aceptar una fórmula que afectara al asilo político (véase Gran Bretaña (pág. 58) y Alemania (pág. 144)) y que la cuestión de definir el concepto de delito político era una empresa muy compleja para la Conferencia.

³³ No obstante, se destacó que la aplicación de buena fe del Convenio significaba que, salvo en circunstancias excepcionales, la falsificación de moneda no debía considerarse, en principio, un delito político (*ibíd.*, págs. 84 y 85, observación del delegado de Bélgica (Sr. Servais), Presidente del Comité Jurídico).

³⁴ *ibíd.*, pág. 158. Véase la declaración del delegado de Gran Bretaña (Sr. John Fischer Williams), Vicepresidente del Comité Jurídico.

³⁵ Aunque no se discutió oficialmente en la Conferencia, el Protocolo facultativo se leyó a los delegados para su información (*ibíd.*, pág. 97).

²⁹ *Ibid.*, pág. 88, delegado de Rumania (Sr. Pella), Relator del Comité Jurídico.

³⁰ *Ibid.*, págs. 162 y 163.

³¹ Sin embargo, se observó que los gobiernos podían incluir esta condición en su propia legislación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 (*ibíd.*, pág. 162, delegado de Bélgica (Sr. Servais), Presidente del Comité Jurídico).

³² *Ibid.*, pág. 150. No obstante, se propuso que cuando la ley del país donde se hubiese cometido el delito contemplara penas más leves que las del país donde se enjuiciara al delincuente, este último Estado no podría aplicar esas sanciones más leves (*ibíd.*, observación del delegado de Rumania (Sr. Pella), Relator del Comité Jurídico).

³³ *Ibid.*, pág. 153.

³⁴ *Ibid.*, pág. 158; véanse también las páginas 159 y 163.

³⁵ Proyecto de artículo 2 (art. 10 definitivo), *ibíd.*, anexo III, pág. 234.

para la represión de la falsificación de moneda pareció servir de prototipo⁴³:

a) Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas;

b) Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo⁴⁴;

c) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena;

d) Convención única de 1961 sobre Estupefacientes;

e) Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.

29. Los elementos constitutivos del mecanismo adoptado en esos instrumentos son los siguientes: a) la tipificación del delito de que se trate, que los Estados partes se comprometen a castigar conforme a su derecho interno; b) disposiciones sobre enjuiciamiento y extradición que tienen en cuenta las distintas opiniones de los Estados en cuanto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, siendo esta última optativa más que obligatoria; c) primacía de la extradición sobre el enjuiciamiento; d) un régimen de extradición en el que los Estados se comprometen, en determinadas condiciones, a considerar que el delito da lugar a extradición; e) una disposición que subordina la infracción de la convención a la posición de los Estados con respecto al asunto de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional; y f) una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» con respecto a la legislación y administración penal de cada Estado.

30. Aunque algunas de estas convenciones siguen muy de cerca las disposiciones del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, todas presentan variaciones terminológicas, unas que parecen ser de carácter principalmente editorial y otras que modifican el contenido de las obligaciones contraídas por los Estados partes. Los aspectos más significativos de sus respectivos mecanismos se describen a continuación.

⁴³ En los trabajos preparatorios de los tres primeros instrumentos se hicieron referencias explícitas al Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda.

⁴⁴ Esta Convención nunca entró en vigor. Debe observarse que se hicieron referencias explícitas al principio *aut dedere aut judicare* o *aut dedere aut punire* en los debates de la Conferencia en la que se adoptó la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo. Véase, por ejemplo, *Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme, Genève, du 1^{er} au 16 novembre 1937* (C.94.M.47.1938.V.3), págs. 57, 67, 100 y 104 (observaciones de los delegados de Polonia y Rumania). Durante el debate, el Relator de la Conferencia, Sr. Pella (Rumania), observó que «si fuera posible en todos los casos hacer una distinción precisa entre un delito político y un acto de terrorismo, es evidente que el principio *aut dedere aut punire* debería interpretarse como el fundamento único e invariable de la cooperación internacional en lo que respecta a la extradición». Asimismo, señaló que «algunos gobiernos eran favorables a ese principio [*aut dedere aut punire*] y que él personalmente consideraba que era el único que podía garantizar en cada caso la represión eficaz de los actos de terrorismo. Por desgracia, su adopción exigiría cambios de tal envergadura en el derecho y la práctica penal de varios países que, aun afirmando la conveniencia y el valor moral de tal principio, tendrían que conformarse por el momento [...] con una solución más modesta que disfrutara de una aceptación más general» (ibíd., pág. 67).

31. Todas las convenciones antes citadas obligan a los Estados partes a castigar los delitos en cuestión conforme a su legislación interna. La mayoría de ellas contiene además disposiciones explícitas sobre la exigencia de que los Estados partes garanticen que su legislación y administración se ajustan a las obligaciones estipuladas en las respectivas convenciones o que dichas obligaciones se cumplen eficazmente⁴⁵.

32. Todas las convenciones subordinan las disposiciones pertinentes a las distintas prácticas de los Estados en cuanto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, de modo que la obligación de juzgar, si no se concede la extradición, no es absoluta. Asimismo, parten de la base de que, si la extradición no es posible, entra en juego la obligación de iniciar acciones contra el delincuente.

33. Los tres primeros instrumentos internacionales siguen de cerca el modelo del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda respecto de las diversas disposiciones relativas a la extradición o el enjuiciamiento. No obstante, hay algunas diferencias. En particular, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena no contiene ninguna disposición para el enjuiciamiento de extranjeros⁴⁶.

34. Las disposiciones relativas a los nacionales en esos tres instrumentos reproducen el artículo 8 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda y sólo incorporan cambios de escasa entidad⁴⁷. No obstante, debe observarse que en lo que respecta al

⁴⁵ Véase el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (art. 23); la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (art. 24); el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (art. 27); y la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 4).

⁴⁶ El texto inicial del proyecto de convenio incluía una disposición sobre los delitos cometidos por no nacionales en el extranjero (proyecto de artículo 10). Este proyecto de artículo, y en particular sus consecuencias jurisdiccionales, se discutieron en profundidad durante las negociaciones en la Tercera Comisión de la Asamblea General. Finalmente, «[t]eniendo en cuenta los objetivos del artículo 10 y de artículos semejantes de otros convenios internacionales», la Tercera Comisión solicitó a la Sexta Comisión que analizara las cuestiones jurídicas que planteaba dicha disposición y que presentara sus recomendaciones al respecto (Memorandum del Presidente de la Tercera Comisión al Presidente de la Sexta Comisión (A/C.3/526). Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Tercera Comisión*, sesiones 242.^a y 243.^a (A/C.3/SR.242 y 243). La Sexta Comisión, tras examinar las dificultades jurídicas que planteaba la jurisdicción extraterritorial, incluidos los problemas prácticos para establecer dicha jurisdicción, recomendó la supresión del proyecto de artículo 10 (Memorandum del Presidente de la Sexta Comisión al Presidente de la Tercera Comisión sobre cuestiones remitidas a la Sexta Comisión (A/C.6/L.102), págs. 8 y 26).

⁴⁷ El Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (art. 7) y la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (art. 9) utilizan los términos más imperativos «deberán ser perseguidos y castigados» en lugar de la expresión «deberán castigarse». En relación con la propuesta de utilizar la expresión «deberán castigarse» en las negociaciones del Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, el Presidente de la Conferencia observó que quedaba librado a la discreción de los tribunales nacionales y, por lo tanto, no era necesario introducir una enmienda de ese tipo (*Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles, Genève 8-26 juin 1936, Comptes rendus des débats*, 1936. XI. 20, pág. 159). El artículo sobre los nacionales que figura en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de

Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas se produjo otro intento de colmar la laguna que existe cuando un Estado, pese a reconocer el principio de la extradición de nacionales, no extradita a la persona y aplica el principio de territorialidad en el derecho penal, con la consiguiente imposibilidad de entablar acciones contra el presunto delincuente. Como solución de compromiso, la Conferencia recomendó, en el Acta Final, que los países que reconocieran el principio de la extradición de nacionales concedieran la extradición de sus nacionales que fuesen responsables de la comisión de un delito en el extranjero, incluso aunque el tratado de extradición aplicable contuviera una reserva al respecto⁴⁸.

35. Por lo demás, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena contiene otra disposición que establece que el artículo que regula el enjuiciamiento y la extradición de nacionales no se aplica «cuando el inculpado hubiere sido enjuiciado en un Estado extranjero y, caso de haber sido condenado, hubiere cumplido su condena o se le hubiere condonado o reducido la pena con arreglo a lo dispuesto en las leyes de tal Estado extranjero» (art. 10).

36. En cuanto a las disposiciones sobre los extranjeros que hayan cometido un delito en un tercer Estado, tanto el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas como la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo tienen una redacción muy similar a la que figura en el artículo 9 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda⁴⁹. Sin embargo,

(Continuación de la nota 47.)

la prostitución ajena (art. 9) contiene algunas modificaciones más que fueron introducidas por recomendación de la Sexta Comisión (véase A/C.6/L.102). En particular, se utiliza «en los Estados cuya legislación no admita la extradición de nacionales» en lugar de «en los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales». Este cambio se debió a la solicitud que la Tercera Comisión dirigió a la Sexta Comisión para que «le comunicase cuáles serían las repercusiones jurídicas de la supresión o del mantenimiento de la fórmula ‘conforme a sus leyes nacionales’ en todos los artículos del proyecto de convenio [...] en donde figura» dicha fórmula (A/C.3/526). La Sexta Comisión propuso que se sustituyera en todos los casos, bien por «en la medida en que lo permitan las leyes nacionales», si se deseaba dejar a discreción de los Estados el cumplimiento de la obligación, o por «con arreglo a las condiciones prescritas por las leyes nacionales», si lo único que se pretendía era dejar a discreción de los Estados los medios procesales y administrativos de cumplir la obligación pertinente (A/C.6/L.102, pág. 8). Por otra parte, en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena se sustituyó la frase «deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en su territorio» por «serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado» (art. 9, primer párrafo) a fin de dar cabida a distintos principios para decidir el derecho aplicable (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 199.ª sesión (A/C.6/SR.199), declaraciones del Brasil (párrs. 172 a 176), Egipto (párr. 171) y Yugoslavia (párr. 182). También se suprimió la referencia a la situación en la que el delincuente adquiere su nacionalidad tras la comisión del delito, debido, entre otros motivos, al carácter excepcional de la situación (ibíd., sesiones 199.ª y 200.ª (A/C.6/SR.199 y 200)).

⁴⁸ *Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles...* (nota 47 *supra*), Recomendación n.º 2, anexo 8.

⁴⁹ El Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (art. 7) y la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (art. 9) utilizan los términos más imperativos «deberán ser perseguidos y castigados» en lugar de la expresión «deberán castigarse». Además, en aras de una mayor claridad, en relación con las solicitudes de extradición se utiliza la expresión «no pudiere concederse» en lugar de referirse al hecho de que el Estado requerido «no pudiere entregar»

la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo introduce una nueva condición que limita de forma significativa su aplicación, a saber, un elemento de reciprocidad jurisdiccional⁵⁰.

37. Por lo que respecta a la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, estos dos instrumentos recogen todas las disposiciones relativas a la extradición y el enjuiciamiento en un solo artículo. Además, esas disposiciones regulan el trato de los nacionales y los extranjeros en un único párrafo y limitan la obligación de juzgar a los casos en que se haya cometido un delito grave. Así, especifican que los delitos graves «serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se solicita»⁵¹. No obstante, ambos instrumentos se adhieren al principio subyacente establecido en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda en materia de limitaciones jurisdiccionales, al disponer que el artículo se aplicará «[a] reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte»⁵², y que su aplicación estará subordinada a las disposiciones del derecho penal del Estado en materia de jurisdicción⁵³.

38. Por lo demás, al igual que el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁵⁴, tanto la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas subordinan específicamente el enjuiciamiento a la condición de que el delincuente «no [haya] sido ya procesado y sentenciado»⁵⁵.

39. Los cinco instrumentos antes mencionados contienen un mecanismo de extradición similar al que se

a la persona acusada (*Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles...* (nota 47 *supra*), pág. 95).

⁵⁰ Conforme a esta disposición, un Estado parte sólo está obligado a entablar acciones contra un extranjero cuando se ha formulado una solicitud de extradición que no puede ser concedida si dicho Estado reconoce la jurisdicción extraterritorial y si «el extranjero es nacional de un país que reconoce la jurisdicción de sus propios tribunales respecto de las infracciones cometidas por extranjeros en el extranjero» (art. 10, apdo. b). Durante la Conferencia se explicó que esta disposición se había incluido para tener en cuenta la opinión de los Estados que consideraban que los principios del derecho internacional no permitían la aplicación de la jurisdicción extraterritorial (*Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme* (nota 44 *supra*), págs. 105 y 106). Debe observarse que en los debates que se mantuvieron a propósito del Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas se rechazó la propuesta de introducir una condición similar (*Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles...* (nota 47 *supra*), pág. 99).

⁵¹ Art. 36, párr. 2, apdo. a, inc. iv), y art. 22, párr. 2, apdo. a, inc. iv), respectivamente.

⁵² Art. 36, párr. 2, y art. 22, párr. 2, respectivamente.

⁵³ Art. 36, párr. 4 y art. 22, párr. 3, respectivamente. En el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, «derecho penal» fue sustituido por «legislación nacional» para adecuarse a las demás disposiciones del artículo (*Conferencia de las Naciones Unidas para la adopción de un protocolo sobre sustancias sicotrópicas*, Informe del Comité de Redacción, art. 18, párr. 4, nota (E/CONF.58/L.4/Add.2)).

⁵⁴ Véase el párrafo 35 *supra*.

⁵⁵ Art. 36, párr. 2, apdo. a, inc. iv) y art. 22, párr. 2, apdo. a, inc. iv), respectivamente.

establece en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda. Las principales diferencias pueden resumirse del siguiente modo:

a) El Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas contienen una disposición que permite a la parte requerida negarse a efectuar la detención de un delincuente o conceder la extradición si las autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave⁵⁶;

b) Aunque todas esas convenciones adoptan el mismo enfoque que el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda al especificar que la extradición se concederá de conformidad con la legislación del Estado requerido, la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas parecen ampliar la discrecionalidad de los Estados requeridos para denegar la extradición. La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo subordina la obligación de conceder la extradición a «cualesquiera condiciones y limitaciones reconocidas por el derecho o la práctica del país al que se dirige la petición»⁵⁷. La Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas establecen que la disposición pertinente se aplicará «[a] reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte»⁵⁸. Además, estos dos últimos instrumentos adoptan un enfoque más flexible en lo que respecta al mecanismo de extradición y establecen que «[e]s deseable que los delitos [...] se incluyan entre

los delitos que dan lugar a extradición»⁵⁹. No obstante, la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes fue posteriormente modificada para sustituir este enfoque flexible por la fórmula «se considerará incluido», que se había utilizado en convenciones anteriores⁶⁰;

c) La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena no contienen ninguna alusión a los Estados que supeditan la extradición a la «reciprocidad», aunque se refieren a los Estados que subordinan la extradición a la existencia de un tratado⁶¹;

d) La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo contiene un párrafo adicional que amplía el régimen de extradición para incluir cualquier delito cometido en el territorio de la parte contra la que se dirige⁶².

40. Paralelamente a la adopción de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, se contempló la posibilidad de establecer una corte penal internacional para juzgar a los acusados de los delitos previstos en el Convenio. Así, junto a la citada Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo se concluyó un Convenio para la creación de una corte penal internacional⁶³, con lo que se ofrecía a los Estados partes una denominada «tercera opción» en relación con su mecanismo para el castigo de los delincuentes. Según esta tercera opción, los Estados partes tenían la posibilidad de someter a la corte a cualquier persona (nacional o extranjera) acusada de un delito previsto en la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo para su enjuiciamiento, en lugar de procesarla ante sus propios tribunales. Del mismo modo, en situaciones en las que un Estado requerido podía conceder la extradición, estaba facultado para

⁵⁶ Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (art. 10, párr. 4), Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 36, párr. 2, apdo. b), y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (art. 22, párr. 2, apdo. b). Durante el debate sobre el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas se sostuvo que los delitos relacionados con estupefacientes, a diferencia del delito de falsificación de moneda, podían variar más en lo que respecta a su gravedad, por lo que debería atribuirse a los Estados cierta discrecionalidad a la hora de conceder la extradición por esos delitos. Véase en particular la observación de Austria en la primera consulta (*Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles...* (nota 47 *supra*), anexo 2, pág. 192, y las observaciones formuladas por los Países Bajos (ibíd., 16.ª sesión, pág. 103).

⁵⁷ Art. 8, párr. 4. La reformulación de la disposición se debió a la preocupación de varios Estados por no menoscabar el derecho de asilo, la discrecionalidad en materia de delitos políticos y el amplio alcance de los delitos mencionados en el artículo (véase, por ejemplo, *Actes de la Conférence internationale pour la repression du terrorisme...* (nota 44 *supra*), pág. 102 (Bélgica y Países Bajos), y anexo 3 (informe del Comité para la Represión Internacional del Terrorismo), pág. 186; y *Draft convention for the prevention and punishment of terrorism* (Sociedad de las Naciones, A.24.1936.V), observaciones de los gobiernos, *Serie I*, págs. 9 y 10 (Noruega y los Países Bajos)). Además, se explicó que la adición del término «condiciones» no afectaba a la esencia de la frase, sino que pretendía indicar que no solo se aplicaban las limitaciones reconocidas por el derecho interno (*Actes de la Conférence internationale pour la repression du terrorisme...* (nota 44 *supra*), pág. 152 (declaración del delegado de Rumania (Sr. Pella), Relator). La expresión «o la práctica» se incluyó para tener en cuenta la situación de los Estados cuyo derecho en materia de extradición estaba integrado por los precedentes judiciales y la práctica política, además de por la legislación escrita (ibíd., págs. 102 y 103).

⁵⁸ Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 36, párr. 2), y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (art. 22, párr. 2).

⁵⁹ Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 36, párr. 2, apdo. b), y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (art. 22, párr. 2, apdo. b). El uso de la fórmula «es deseable» estuvo motivado por la preocupación de ciertos Estados en cuanto a su discrecionalidad para determinar los delitos susceptibles de extradición y la naturaleza recíproca de los acuerdos de extradición (véanse en particular las declaraciones del Canadá, el Pakistán, Polonia y Yugoslavia, *Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención única sobre estupefacientes*, Nueva York, 24 de enero-25 de marzo de 1961, vol. II, Comité *ad hoc* para el estudio de los artículos 44 a 46 del tercer proyecto, pág. 249).

⁶⁰ Art. 36, párr. 2, apdo. b, inc. i) de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes. Además, el Protocolo incorpora un nuevo artículo 36, párr. 2, apdo. b, inc. ii), que dispone que «[s]i una Parte, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otra Parte, con la que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos enumerados [...] [en la Convención]. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida». La disposición que regula los delitos que dan lugar a extradición para las Partes que no subordinan la extradición a la existencia de un tratado también se modificó en el mismo sentido, supeditando la obligación «a las condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida» (art. 36, párr. 2, apdo. b, inc. iii)). La disposición relativa a la discrecionalidad de los Estados con especial referencia a la gravedad del delito también fue modificada, incluyendo la precisión de que la disposición se aplica «no obstante lo dispuesto en los incisos i), ii) y iii) del apartado b de este párrafo» (art. 36, párr. 2, apdo. b, inc. iv)).

⁶¹ Art. 8, párr. 2, y art. 8, segundo párrafo, respectivamente.

⁶² Art. 8, párr. 3.

⁶³ Nunca entró en vigor.

someter al acusado a la corte para su enjuiciamiento si el Estado requirente también era parte en el Convenio. Asimismo, conforme a lo previsto en el Convenio, se consideraba que los Estados partes en la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo que se inclinaron por esa opción habrían cumplido las obligaciones que les incumbían en virtud de este último instrumento⁶⁴.

41. Como se indicó anteriormente, durante los debates del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, la cuestión de la jurisdicción extraterritorial fue objeto de prolongadas discusiones que culminaron en la adopción del artículo 17 (que dispone que la participación en el Convenio «no deberá interpretarse como una variación de su actitud en la cuestión general de la competencia de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional»). El Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas⁶⁵, la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo⁶⁶ y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁶⁷ contienen artículos que siguen de cerca los términos de esta disposición. Los dos últimos instrumentos, a saber, la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, incluyen disposiciones que, aunque utilizan una redacción un tanto diferente, están concebidas para producir el mismo efecto⁶⁸.

42. Otro tema que fue objeto de amplias deliberaciones durante la negociación del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda tiene que ver con el respeto de la legislación y administración penal interna de los Estados en el marco de su aplicación (art. 18)⁶⁹. Todos los instrumentos posteriores⁷⁰ incluyeron disposiciones similares al artículo 18 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, que establecen que sus preceptos no afectan a la discrecionalidad de los Estados para definir, perseguir y sancionar los delitos pertinentes conforme a su derecho interno⁷¹.

⁶⁴ Convenio para la creación de una corte penal internacional, art. 2.

⁶⁵ Art. 14.

⁶⁶ Art. 18. La redacción de este artículo se modificó ligeramente para hacerlo más específico. Las palabras «los límites de» se introdujeron entre las expresiones «al asunto general de» y «la jurisdicción penal».

⁶⁷ Art. 11. Este artículo se modificó en el mismo sentido que el de la Convención sobre el terrorismo de 1937 (véase *supra*).

⁶⁸ Los párrafos pertinentes establecen que los preceptos penales de ambos instrumentos quedarán sujetos a las disposiciones de la legislación nacional de la Parte interesada en materia de jurisdicción (Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 36, párr. 3) y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (art. 22, párr. 4)). Véase también *Comentarios a la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes*, preparados de conformidad con el párrafo 1 de la resolución 914 D (XXXIV) del Consejo Económico y Social, de 3 de agosto de 1962, pág. 481, párr. 3 del comentario al artículo 36, párr. 3.

⁶⁹ Véase el párrafo 24 *supra*.

⁷⁰ Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (art. 15), Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (art. 19), Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (art. 12), Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (art. 36, párr. 4) y Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (art. 22, párr. 5). La frase «sin que jamás se les asegure la impunidad» que figura en el artículo 18 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda fue considerada superflua y se omitió en todas las convenciones posteriores (*Actes de la Conférence pour la Répression du trafic illicite des drogues nuisibles...* (nota 47 *supra*), pág. 205).

⁷¹ La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo contiene una versión modificada de esta disposición (art. 19) que,

b) Reservas

43. Al hacerse partes en los instrumentos mencionados anteriormente, algunos Estados formularon declaraciones y reservas relativas a las disposiciones sobre el castigo de los delincuentes⁷². La mayoría de esas declaraciones y reservas se refiere a la no extradición de nacionales⁷³ y a las disposiciones sobre el régimen de extradición, en particular el reconocimiento de las distintas infracciones como delitos que dan lugar a extradición⁷⁴. En otro caso también se aclaró que la extradición estaba subordinada a la existencia de tratados bilaterales⁷⁵. Además, se formuló una reserva para garantizar la discrecionalidad del Estado en cuanto a si sus ciudadanos deben o no ser enjuiciados por delitos cometidos en el extranjero⁷⁶.

B. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional I

1. LOS CONVENIOS DE GINEBRA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA⁷⁷

a) Disposiciones pertinentes

44. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contienen en un artículo común un mecanismo idéntico para el enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido infracciones graves de los Convenios⁷⁸. El principio subyacente de este mecanismo es el establecimiento de la jurisdicción universal sobre las infracciones graves de los Convenios;

además de la tipificación de los delitos, la imposición de penas y los métodos de enjuiciamiento, subraya también que las normas sobre circunstancias atenuantes, perdón y amnistía estarán determinadas por el derecho interno (*Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme...* (nota 44 *supra*), págs. 156 y 157).

⁷² Algunas reservas se formularon teniendo en cuenta las restricciones que existían en ese momento. Véase en particular la reserva de China al artículo 9 del Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, que regula el régimen de extradición (Protocolo de firma de la Convención, Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXCVIII, n.º 4648, pág. 320. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 233, 29 de septiembre de 1970, pág. 16056).

⁷³ Declaraciones y reservas de Panamá, el Brasil (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 976, n.º 14151, pág. 99 y 100, respectivamente) y Myanmar (ibíd., vol. 2223, n.º A-14151, pág. 212) en relación con el artículo 14 del Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.

⁷⁴ Reservas de la India con respecto al artículo 14 del Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes, en lo que se refiere al artículo 36, párr. 2, apdo. b, de la Convención (ibíd., vol. 1120, n.º A-14151, pág. 479, esp. nota 2), y de Myanmar (ibíd., vol. 1887, n.º 14956, pág. 473) y Viet Nam (ibíd., vol. 1996, n.º 14956, pág. 427), en relación con el artículo 22, párr. 2, del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.

⁷⁵ Declaración de Cuba sobre el artículo 14 del Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes en lo que se refiere al artículo 36, párr. 2, apdo. b, inc. ii), (ibíd., vol. 1551, n.º A-14151, pág. 342).

⁷⁶ Reserva de Finlandia al artículo 9 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (ibíd., vol. 826, n.º 1342, pág. 289).

⁷⁷ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), y Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV).

⁷⁸ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los Convenios I a IV, respectivamente.

por consiguiente, la obligación de adoptar medidas contra un presunto infractor no está subordinada a ninguna consideración de los Estados en materia de jurisdicción. Otro rasgo del mecanismo es que contempla una obligación de enjuiciamiento, con la posibilidad alternativa de extraditar al acusado. La obligación de buscar y enjuiciar al presunto infractor parece imponerse con independencia de que exista una solicitud de extradición por otra parte⁷⁹.

45. Conforme al primer párrafo del artículo común, las partes

se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el [...] Convenio⁸⁰.

46. En su segundo párrafo, el artículo común dispone:

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

47. Aunque la obligación que se describe más arriba se limita a las infracciones graves, el artículo común establece también en su tercer párrafo que las Altas Partes Contratantes tomarán medidas para que cesen, además de las infracciones graves, todos los actos contrarios a los Convenios.

48. Por último, en su cuarto párrafo, el artículo común estipula que

⁷⁹ Véase Pictet, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, t. IV, pág. 634.

⁸⁰ Cada Convenio contiene un artículo en el que se describe qué actos constituyen infracciones graves y que figura inmediatamente a continuación de la disposición sobre la extradición o el enjuiciamiento. En los Convenios I y II ese artículo es idéntico (arts. 50 y 51, respectivamente): «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente».

El artículo 130 del Convenio III tiene el siguiente tenor: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio».

El artículo 147 del Convenio IV dispone lo siguiente: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario».

[Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

b) Trabajos preparatorios

49. Los cuatro Convenios de Ginebra se adoptaron en la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra, que se celebró en Ginebra del 21 de abril al 12 de agosto de 1949 y fue convocada por el Consejo Federal Suizo⁸¹. La Conferencia Diplomática trabajó sobre la base de los proyectos de texto adoptados por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estocolmo⁸². Para redactar los artículos comunes a los cuatro Convenios, la Conferencia creó un Comité Mixto, que asignó a un Comité Especial la tarea de elaborar los textos⁸³.

50. Al inicio de las deliberaciones en el Comité Mixto, las discusiones sobre el artículo común se centraron fundamentalmente en el texto adoptado por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja⁸⁴ y un texto elaborado por el CICR⁸⁵.

51. El régimen contenido en el texto de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja era bastante modesto comparado con el elaborado por el CICR. En él se disponía que, en caso de que las leyes existentes fueran inadecuadas, las partes en los Convenios debían proponer a sus órganos legislativos que adoptaran las medidas necesarias para reprimir en tiempo de guerra cualquier acto contrario a las disposiciones de los Convenios. Esta disposición se basaba en el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, de 1906, y el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de los ejércitos en campaña, de 1929. Sin embargo, el texto propuesto también introducía algunas cláusulas de nuevo cuño

⁸¹ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Berna, Departamento Político Federal.

⁸² Informe de la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Estocolmo, agosto de 1948, *Resoluciones*. Para el texto del proyecto de artículo en cuestión, véase *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. III, anexo n.º 50, pág. 43.

⁸³ Informe elaborado por el Comité Mixto y presentado a la Asamblea Plenaria, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. II-B, pág. 123.

⁸⁴ *Ibid.*, t. III, anexo n.º 50, pág. 43.

⁸⁵ Para el texto de esos artículos, véase *Remarks and Proposals submitted by the International Committee of the Red Cross. Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims. Document for the consideration of Governments invited by the Swiss Federal Council to attend the Diplomatic Conference at Geneva (April 21, 1949)*, Ginebra, CICR, febrero de 1949. La XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja había recomendado al CICR que continuara estudiando la cuestión de la represión de las infracciones de los Convenios y presentara a una conferencia sus propuestas al respecto (informe de la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, resolución XXIII, *Resoluciones*, pág. 5). Por consiguiente, se presentaron a la Conferencia cuatro nuevos artículos comunes sobre la represión de las infracciones de los Convenios. Dada la oposición de varias delegaciones a que se introdujeran a última hora esos nuevos artículos, se decidió que el texto adoptado en la Conferencia de Estocolmo se utilizara como base para las deliberaciones. Sin embargo, los Países Bajos adaptaron los proyectos de artículos del CICR y los presentaron a la Conferencia como una enmienda, para que fueran estudiados formalmente (véase Comité Mixto, sexta sesión, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. II-B, pág. 23).

destinadas a reforzar las disposiciones relativas a la represión de las infracciones, a saber, una obligación activa de que las partes persiguieran a los presuntos responsables de infracciones a los Convenios, con independencia de su nacionalidad, y los procesaran o, si lo preferían, los entregaran a otra parte para su enjuiciamiento⁸⁶.

52. El texto del CICR establecía, en su primer artículo, una obligación firme para los Estados partes en el sentido de incorporar los Convenios en el derecho nacional y promulgar las disposiciones necesarias para reprimir y enjuiciar cualquier infracción de los Convenios. Además, los Estados partes debían comunicar al Consejo Federal Suizo las medidas adoptadas para dar cumplimiento al artículo en un plazo de dos años a partir de la ratificación. Un segundo artículo detallaba las infracciones graves de los Convenios y establecía que debían ser castigadas «como crímenes contra el derecho de gentes», bien por los tribunales de cualquier Estado parte o por una jurisdicción internacional cuya competencia hubiera sido reconocida, con lo cual se incorporaba el principio de jurisdicción universal. El segundo párrafo establecía la obligación de los Estados partes de promulgar «disposiciones adecuadas para la extradición» de los presuntos responsables de infracciones graves «que la referida [Parte] no enjuiciare ante sus propios tribunales»⁸⁷.

53. Durante las deliberaciones del Comité Especial se llegó a la conclusión de que, en cierta medida, el texto del CICR contenía innovaciones de gran calado «que afectaban al ámbito del derecho penal internacional»⁸⁸. Por consiguiente, se propuso adoptar un enfoque más cauto⁸⁹. Se presentó una enmienda conjunta con el fin de conciliar ambos textos⁹⁰, que sirvió de base para las negociaciones del Comité. Esta enmienda siguió la estructura del texto del CICR al dedicar un artículo especial a las infracciones graves, aunque omitió cualquier referencia a una jurisdicción internacional⁹¹. En su lugar, la enmienda conjunta imponía a las partes la firme obligación de promulgar legislación que estableciera sanciones efectivas, que se basaba en el artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Asimismo, la enmienda establecía la responsabilidad penal, no sólo del infractor sino de quien hubiera dado orden de cometer la infracción, regulando, por tanto, la cuestión de la cadena de mando. Para evitar la resistencia de los legisladores, la obligación de promulgar legislación se limitó a las infracciones graves, con lo que se pretendía garantizar un cierto nivel de uniformidad de las legislaciones nacionales. Esto era especialmente deseable ya que se suponía que los tribunales también debían conocer de las acusaciones contra

presuntos infractores de otras nacionalidades⁹². Por otro lado, la cuestión de la entrega de un acusado a otra parte para su enjuiciamiento se subordinó a que esta última hubiera formulado contra él cargos suficientes⁹³. Además, se explicó que si la parte requerida decidía no entregar a un presunto infractor estaría obligada a «hacerlo comparecer ante los propios tribunales»⁹⁴.

54. Durante los debates sobre la enmienda conjunta se propuso reintroducir el plazo de dos años en el que las partes en los Convenios estarían obligadas a promulgar la legislación penal necesaria⁹⁵. La propuesta fue rechazada invocando para ello la diversidad de procedimientos legislativos nacionales⁹⁶. Una propuesta para limitar a las partes en conflicto la obligación de buscar y hacer comparecer ante los tribunales a las personas acusadas fue retirada tras explicarse que el principio de universalidad resultaba aplicable y que esa obligación no violaba la neutralidad de los Estados⁹⁷. Además, se propuso utilizar el término «extradición» en lugar de «entrega». No obstante, se consideró que el término «extradición» era menos práctico dada la gran diversidad de leyes y tratados de extradición que existía. También se observó que «'entrega' era un concepto de derecho internacional consuetudinario en la medida en que se refería a una práctica ampliamente seguida por los Estados desde la última guerra en relación con las actividades de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra»⁹⁸. Por otra parte, se aceptó una propuesta para que el deber de entregar a una persona acusada a otra parte quedara subordinado al cumplimiento de la legislación nacional de los Estados. Por consiguiente, tras las palabras «si lo prefiere» se incluyó la frase «y según las disposiciones previstas en la propia legislación»⁹⁹.

55. Durante la negociación de estas disposiciones se propuso sustituir las palabras «infracciones graves» por el término «crímenes»¹⁰⁰. Sin embargo, la enmienda propuesta fue sistemáticamente rechazada argumentando que incumbía a cada Estado clasificar las infracciones que se especificaban en los Convenios y que sería inadecuado

⁹² Cuarto informe elaborado por el Comité Especial del Comité Mixto, *ibíd.*, t. II-B, pág. 109.

⁹³ Durante las deliberaciones en el Comité Especial se explicó que el requisito de la formulación de cargos suficientes tenía su origen en la práctica de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra y significaba que «existía una alta probabilidad de que el acusado fuera declarado culpable de los hechos que se le imputaban». La parte requirente estaba obligada a presentar al Estado requerido una declaración satisfactoria a tal efecto (*ibíd.*, pág. 112).

⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 110.

⁹⁵ *Ibíd.*. Véase también 29.ª sesión del Comité Especial y décima sesión del Comité Mixto (declaración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), *ibíd.*, págs. 81 y 31, respectivamente.

⁹⁶ *Ibíd.*, acta resumida de la 11.ª sesión del Comité Mixto, págs. 32 y 33, e informe del Comité Mixto a la Asamblea Plenaria, pág. 123.

⁹⁷ *Ibíd.*, cuarto informe elaborado por el Comité Especial del Comité Mixto, pág. 109.

⁹⁸ *Ibíd.*, págs. 111 y 112 (declaración del delegado de los Países Bajos, Relator del Comité Mixto).

⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 112. Véanse también las sesiones 30.ª y 31.ª del Comité Especial (declaración de Italia), págs. 82 y 83.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 110. Véanse también las actas resumidas de las sesiones 29.ª y 30.ª del Comité Especial, *ibíd.*, págs. 81 y ss., y de la décima sesión del Comité Mixto (propuesta de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), así como las actas resumidas de las sesiones plenarias 21.ª y 22.ª, págs. 349 y ss.

⁸⁶ Véase *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. II-B, pág. 85.

⁸⁷ Según el comentario del CICR, esta disposición consagra el principio *aut dedere aut punire* (véase Pictet, *op. cit.*, págs. 627 y 628).

⁸⁸ Informe del Comité Mixto a la Asamblea Plenaria, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. II-B, pág. 132.

⁸⁹ Se recordó que «no compete a esta Conferencia establecer normas de derecho penal internacional» (*ibíd.*)

⁹⁰ *Ibíd.*, t. III, anexo n.º 49, pág. 42. La enmienda conjunta fue presentada en nombre de Australia, Bélgica, el Brasil, los Estados Unidos, Francia, Italia, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suiza. Para otras enmiendas y textos presentados durante las deliberaciones, véase *ibíd.*, anexos n.ºs 49 a 53 A (*ibíd.*).

⁹¹ Informe del Comité Mixto a la Asamblea Plenaria, *ibíd.*, t. II.

intentar crear nuevos códigos penales a través de las disposiciones en cuestión¹⁰¹.

56. En los debates de la Conferencia, la cuestión del establecimiento de jurisdicción se planteó en el contexto de una propuesta de enmienda del segundo párrafo de la disposición pendiente. Se propuso incluir la frase «de conformidad con sus propias leyes o con los convenios por los que se prohíben actos que puedan definirse como infracciones» en relación con la obligación de hacer comparecer a una persona acusada ante los propios tribunales¹⁰². El objetivo era especificar la obligación de las partes de establecer su jurisdicción sobre las infracciones enumeradas en los Convenios¹⁰³. La enmienda propuesta fue rechazada en el Comité Mixto y en el plenario por innecesaria, con el argumento de que el establecimiento de jurisdicción sería consecuencia de la obligación de promulgar la legislación necesaria para introducir sanciones penales. Se explicó que si un acto determinado era una infracción penal conforme a la ley de un Estado —lo que sucedería una vez que el Estado hubiera cumplido la obligación impuesta por el primer párrafo de la disposición—, era evidente que sus tribunales tendrían competencia para juzgar a quien hubiera cometido esa infracción¹⁰⁴.

57. Aunque la enmienda conjunta omitía cualquier mención a garantías judiciales para las personas acusadas¹⁰⁵, la cuestión volvió a plantearse durante los debates sobre la enmienda. Como consecuencia de ello, se propuso añadir un cuarto párrafo al respecto, que contemplara las garantías de procedimiento y de libre defensa¹⁰⁶. La enmienda propuesta fue posteriormente adoptada sin modificación.

c) *Reservas*

58. No se han formulado reservas pertinentes a los efectos de esta disposición.

2. EL PROTOCOLO ADICIONAL I

59. La disposición relativa al castigo de los infractores contenida en el artículo común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra parece ser única y no existe ningún otro instrumento internacional

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 110. Véanse también las sesiones 29.^a y 30.^a del Comité Especial y la 11.^a sesión del Comité Mixto, así como las sesiones plenarias 21.^a y 22.^a, págs. 349 y ss.

¹⁰² *Ibid.*, décima sesión del Comité Mixto (propuesta de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), pág. 31, y sesiones plenarias 21.^a y 22.^a, págs. 349 y ss. Se propusieron varias redacciones para la enmienda, como, por ejemplo, «en cumplimiento de su propia legislación o de los convenios por los que se prohíben actos que puedan calificarse de infracciones» (*ibid.*, t. III, anexo n.º 53, pág. 44).

¹⁰³ *Ibid.*, t. II-B, sesiones plenarias 21.^a y 22.^a (observaciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), págs. 349 y ss.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 11.^a sesión del Comité Mixto, pág. 32, y sesiones plenarias 21.^a y 22.^a, págs. 349 y ss.

¹⁰⁵ Debe recordarse que el CICR había defendido la inclusión de una disposición sobre esta materia. Véase el proyecto de artículo 40 *b*) del texto del CICR.

¹⁰⁶ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (nota 81 *supra*), t. II-B, 11.^a sesión del Comité Mixto (propuesta de Francia), pág. 33. Se explicó que, aunque la mayoría de los casos ya estaban cubiertos por los Convenios, la enmienda tenía por objeto «regular la situación de quienes en virtud de acuerdos de armisticio o tratados de paz pudieran ser entregados a los vencedores como presuntos criminales de guerra por parte de una potencia vencida». Para el texto de la enmienda, véase *ibid.*, t. III, anexo n.º 52, pág. 44.

que contenga una cláusula similar, con excepción del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). No obstante, en este caso el artículo común se declara aplicable al Protocolo I por remisión. El artículo 85, párr. 1, del Protocolo establece:

Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

60. El artículo 85, párr. 1, se complementa con otras disposiciones relativas a la represión de infracciones que no figuran en los Convenios de Ginebra. El párrafo 5 del artículo 85 dispone expresamente que las infracciones graves enumeradas en el Convenio y el Protocolo I se considerarán crímenes de guerra. También reviste interés en este contexto el artículo 88, relativo a la asistencia mutua en materia penal con respecto a los procedimientos entablados por infracciones graves. El párrafo 2 del artículo 88 especifica que las partes en el Protocolo I cooperarán, cuando las circunstancias lo permitan, en materia de extradición. A este respecto, se dará la debida consideración a la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción. No obstante, este deber se entenderá a reserva de los derechos y obligaciones establecidos en los Convenios de Ginebra y en el artículo 85, párr. 1, del Protocolo I. Además, en el artículo 88, párr. 3, se introduce una nueva salvedad al establecerse que, en todos los casos, será aplicable la ley de la parte requerida y que las disposiciones de los párrafos citados

no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir, total o parcialmente, en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal.

C. Convenciones regionales de extradición

61. Algunas convenciones regionales de extradición contienen disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento. Las convenciones concluidas en el ámbito americano y en el europeo parecen ser las más influyentes, aunque también se encuentran disposiciones de este tipo en otras convenciones regionales.

1. CONVENCIONES AMERICANAS DE EXTRADICIÓN

a) *Disposiciones pertinentes*

62. Al parecer, las convenciones de extradición concluidas en el contexto americano fueron las primeras en incluir disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento¹⁰⁷. El Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en su libro IV (Derecho procesal internacional), título tercero (De la extradición), contiene las dos disposiciones siguientes:

¹⁰⁷ No obstante, debe observarse que el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889, y el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, en su versión revisada, firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940, contienen una obligación absoluta de extraditar, con sujeción a las condiciones que se establecen en los respectivos tratados (véanse los artículos 19 y 18, respectivamente), por lo que no incluyen una disposición que contemple la alternativa del enjuiciamiento. El primer tratado dispone expresamente que «[l]a extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedir la nacionalidad del reo» (art. 20).

Artículo 344

Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros para la entrega de individuos condenados o procesados por delitos que se ajusten a las disposiciones de este título, sujeto a las provisiones de los tratados o convenciones internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición.

Artículo 345

Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo.

63. Del mismo modo, conforme a la Convención sobre Extradición, de 1933, adoptada por la Séptima Conferencia Internacional Americana, los Estados partes se obligan, en ciertas condiciones, a entregar a cualquiera de los otros Estados que los requiera, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados (art. 1). Según el artículo 2:

Quando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él ocurren las condiciones establecidas por el inciso *b*) del artículo anterior [es decir, que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad], y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga.

A este respecto, debe observarse que los Estados signatarios de la «cláusula opcional» que acompaña a la Convención, «no obstante lo establecido por el Artículo 2 [...], convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición». La Convención también contiene disposiciones sobre los casos en que no se concederá la extradición (entre ellos, cuando el inculcado deba comparecer ante un tribunal o juzgado de excepción, o cuando se trate de un delito político (art. 3)), sobre los requisitos de la solicitud de extradición (art. 5) y sobre otras cuestiones sustantivas y procesales relacionadas con el procedimiento de extradición.

64. De modo similar, la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1981, impone a los Estados partes (art. 1) la obligación de

entregar a otros Estados Partes que lo soliciten, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad.

El artículo 2 dispone que, para que proceda la extradición, se requiere que el delito en cuestión haya sido cometido en el territorio del Estado requirente y que, cuando haya sido cometido en otro lugar, se concederá la extradición siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer del delito. El párrafo 3 de esa disposición establece además que:

El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la extradición es denegada por el Estado requerido, este someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al Estado requirente.

65. Los artículos siguientes contienen disposiciones relacionadas con los delitos que dan lugar a extradición (art. 3), los motivos que permiten denegar la extradición (art. 4, que se refiere, entre otros, a casos en que la persona vaya a ser juzgada ante un tribunal de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente, cuando se trate de un delito político o cuando pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos) y la garantía del derecho de asilo (art. 6). Según el artículo 7, párr. 1:

La nacionalidad del reclamado no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición, salvo que la legislación del Estado requerido establezca lo contrario.

Bajo el título «Enjuiciamiento por el Estado requerido», el artículo 8 dispone:

Quando correspondiendo la extradición, un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si éste hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.

66. El artículo 9 especifica que los Estados partes no deberán conceder la extradición cuando se trate de un delito sancionado en el Estado requirente con la pena de muerte, con la privación de libertad por vida o con penas infamantes, a menos que el Estado requirente ofrezca seguridades suficientes de que no impondrá ninguna de esas penas. Otros artículos de la Convención versan sobre los requisitos sustantivos y procesales del procedimiento de extradición.

b) Trabajos preparatorios¹⁰⁸

67. El Código Bustamante fue adoptado en la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en 1928, sobre la base de un proyecto elaborado por la Comisión Internacional de Jurisconsultos en Río de Janeiro en 1927¹⁰⁹, que a su vez se basó en los trabajos preparatorios realizados por Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén¹¹⁰.

68. Ya en 1912, la Comisión Internacional de Jurisconsultos había adoptado un proyecto de convención sobre extradición que tenía por objeto hacer que la extradición fuera vinculante para los Estados partes, excepto en el caso de personas que estuvieran sometidas a juicio o ya

¹⁰⁸ Los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1981, no han podido facilitarse a la Secretaría, por lo que no se describen en la presente sección.

¹⁰⁹ Comisión Internacional de Jurisconsultos (sesiones celebradas en Río de Janeiro, 18 de abril-20 de mayo de 1927), *Derecho Internacional Privado*, Proyecto formulado para ser considerado por la Sexta Conferencia Internacional Americana, Washington D.C., Unión Panamericana, 1927.

¹¹⁰ El proyecto de código elaborado por Sánchez de Bustamante y Sirvén se publicó por primera vez en marzo de 1925 (*Proyecto de código de derecho internacional privado*). El proyecto fue aceptado por la Unión Panamericana en Washington D.C., el 3 de febrero de 1926. En 1927, la Comisión Internacional de Jurisconsultos celebró un período de sesiones de cuatro semanas para examinar el proyecto, que fue adoptado el 20 de mayo de 1927 y presentado el año siguiente a la Sexta Conferencia Internacional Americana para su aprobación definitiva (véase la nota precedente).

hubieran sido juzgadas o condenadas y cuando se tratara de delitos políticos. El proyecto también disponía que la nacionalidad de la persona no debía ser un impedimento para la extradición, aunque los Estados no estaban obligados a entregar a sus nacionales. En caso de que decidieran no conceder la extradición de uno de sus nacionales, los Estados partes estarían obligados a perseguir y enjuiciar a la persona en su territorio, conforme a sus propias leyes y con las pruebas facilitadas por el Estado requirente¹¹¹.

69. El proyecto de código de 1927 se basaba en el principio de territorialidad en el ejercicio de la jurisdicción penal. La extradición se concebía como un medio de garantizar la eficacia de la jurisdicción penal, por lo que el proyecto de código imponía a los Estados partes la obligación general de concederla. No obstante, los redactores del proyecto tomaron nota de los «deberes de protección» que los Estados tenían respecto de sus propios nacionales, y reconocieron que un Estado podía vacilar a la hora de conceder su extradición en caso de posible irregularidad del procedimiento entablado contra ellos en el Estado requirente o si las personas corrían el riesgo de ser sometidos a un trato inhumano o cruel en el extranjero. Por este motivo, conforme al proyecto de código, los Estados partes mantenían su libertad de decidir si concedían o no la extradición de sus nacionales, pero si optaban por no extraditar, estaban obligados a perseguir y enjuiciar a la persona en su territorio, con arreglo a sus leyes y sobre la base de las pruebas aportadas por el Estado requirente. Aunque esto implicaba el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, lo que, en opinión de los redactores del proyecto, planteaba ciertos problemas (principalmente en relación con la disponibilidad de las pruebas para celebrar el juicio), la disposición se introdujo para reflejar el hecho de que algunas constituciones nacionales prohibían la entrega de nacionales y no podían ser modificadas por un tratado internacional¹¹². El proyecto de código también contenía disposiciones que regulaban, entre otras cosas, el orden de prioridad en caso de solicitudes múltiples de extradición y la prohibición de extradición por delitos políticos¹¹³. Esas disposiciones del proyecto de código fueron adoptadas sin grandes modificaciones por la Conferencia Internacional Americana en 1928.

70. La Convención sobre Extradición, de 1933, se adoptó en la Séptima Conferencia Internacional Americana. La Conferencia trabajó sobre la base de un proyecto de convención elaborado por la Cuarta Subcomisión de su Comisión II. Como recogía el informe al plenario, se consideraba que la extradición de nacionales era una de las cuestiones más delicadas del régimen de extradición y la Subcomisión había decidido abstenerse de intentar resolver este tema¹¹⁴. Por consiguiente, el proyecto de convención impuso a los Estados una obligación general de conceder la extradición, pero incluyó una disposición

en virtud de la cual el Estado requerido podía optar por no extraditar a uno de sus nacionales, conforme a lo previsto en su legislación, en cuyo caso tendría la obligación de someterlo a juicio y comunicar los resultados del enjuiciamiento al Estado requirente¹¹⁵. El proyecto de convención también permitía que los Estados que ya hubieran aceptado la entrega de sus nacionales en sus relaciones recíprocas conforme al Tratado de Derecho Penal Internacional (Tratado de Montevideo de 1889) continuaran haciéndolo, y dejó abierta esta posibilidad a los Estados partes que desearan acogerse a tal práctica¹¹⁶. La disposición pertinente fue aceptada por la Conferencia e incluida en el texto definitivo de la Convención.

c) *Reservas*

71. Al firmar la Convención sobre Extradición, de 1933, los Estados Unidos formularon reservas con respecto, entre otras disposiciones, al artículo 2 (segunda frase del texto inglés)¹¹⁷, declarando que ese artículo no tendrá fuerza obligatoria para los Estados Unidos mientras que no sea ratificado conforme a la Constitución y las leyes de este país¹¹⁸. En lo que respecta al artículo 18 de la Convención (sobre el tránsito por el territorio del Estado de personas extraditadas), El Salvador formuló una reserva en el sentido de que no podía cooperar en la entrega de sus propios nacionales, que estaba prohibida por su Constitución Política, permitiendo el tránsito por su territorio de dichos nacionales cuando un Estado extranjero los entregara a otro¹¹⁹.

72. En una declaración hecha en el momento de la firma, Guatemala afirmó que había suscrito la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1933,

en el entendido de que la interpretación de los artículos 7 y 8 cuando hubiere lugar a ello se sujetará a lo dispuesto en el artículo 61 de nuestra Constitución, especialmente en lo que se refiere a que: «ningún guatemalteco podrá ser entregado a Gobierno extranjero para su juzgamiento o castigo, sino por delitos comprendidos en tratados internacionales vigentes para Guatemala»¹²⁰.

2. CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN

73. El Convenio europeo de extradición, adoptado en el marco del Consejo de Europa, contiene una disposición que combina las opciones de la extradición y el enjuiciamiento que, como se describe a continuación¹²¹, sirvió parcialmente de modelo para la disposición correspondiente incluida en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

a) *Disposiciones pertinentes*

74. Según el artículo 1 del Convenio europeo de extradición («Obligación de conceder la extradición»):

¹¹¹ «Tratado Interamericano de Extradición. Proyecto de la Cuarta Subcomisión de la Comisión II», documento C II n.º 2, *ibíd.*

¹¹² Informe del ponente, *ibíd.*

¹¹³ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLSV, n.º 3803, pág. 58.

¹¹⁴ La Convención fue posteriormente proclamada por el Presidente de los Estados Unidos el 25 de enero de 1935.

¹¹⁵ Véase la nota 117 *supra*.

¹¹⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1752, n.º 30597, pág. 190.

¹¹⁷ Véase el párrafo 99 *infra*.

¹¹¹ Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro y el derecho internacional*, págs. 19 a 21. Véase también el artículo 5 del proyecto sobre extradición en *Acts, resolutions and documents, first assembly in Rio de Janeiro, from June 26th to July 19th, 1921*, Río de Janeiro, 1914, pág. 76.

¹¹² *Ibid.*, págs. 81 y ss.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ «Informe del ponente, doctor L. A. Podestá Costa», *Diario de la VII Conferencia Internacional Americana*, Montevideo, 17 de diciembre de 1933.

Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y en las condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad.

75. Conforme al artículo 2, párr. 1:

Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa.

Las disposiciones siguientes del Convenio contemplan excepciones a esas reglas y establecen los requisitos para la extradición. A este respecto destacan normas como la denegación de la extradición por delitos políticos o cuando la solicitud de extradición se haya presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o la situación de dicha persona corra el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones (art. 3), la posibilidad de denegar la extradición cuando el delito haya sido cometido total o parcialmente en el territorio del Estado requerido (art. 7) o cuando la persona sea objeto de persecución por las autoridades competentes de ese Estado o haya sido definitivamente sentenciada por el hecho que motiva la solicitud de extradición (arts. 8 y 9), y la posibilidad de denegar la extradición cuando el delito en cuestión esté castigado con pena capital por la ley de la Parte requirente y dicha pena no se halle prevista en la legislación de la Parte requerida, o generalmente no se ejecute, a no ser que la Parte requirente dé seguridades suficientes de que la pena capital no será ejecutada (art. 11).

76. Según el artículo 6, párr. 1, apdo. *a*, toda Parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales. El apartado *b* especifica que cada Parte contratante podrá, mediante declaración hecha en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, definir, por lo que respecta a la misma, el término «nacionales» en el sentido del Convenio. El párrafo 2 de este artículo dispone lo siguiente:

Si la Parte requerida no accediese a la extradición de un nacional, deberá, a instancia de la Parte requirente, someter al asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por la vía prevenida en el párrafo 1 del artículo 12. Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud¹²².

77. El Convenio también contiene disposiciones que regulan otros aspectos del procedimiento de extradición, como los requisitos de la solicitud y los documentos anejos (art. 12), la detención preventiva (art. 16), o la entrega de la persona objeto de extradición (art. 18).

b) *Trabajos preparatorios*

78. El Convenio europeo de extradición es el resultado de un proyecto elaborado por un comité de expertos

¹²² Debe observarse que, el 23 de octubre de 1996, los Estados miembros de la UE adoptaron el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, que complementa el Convenio europeo de extradición y dispone, en particular, que «[n]o se podrá denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado miembro requerido» (art. 7).

gubernamentales sobre extradición establecido por el Secretario General del Consejo de Europa siguiendo las instrucciones del Comité de Ministros, en respuesta a una recomendación de la Asamblea Consultiva¹²³.

79. Durante las reuniones del Comité de expertos gubernamentales, las delegaciones discutieron en profundidad sobre si preferían un modelo de convenio bilateral o un convenio europeo de carácter multilateral sobre extradición. Como se observa en el informe explicativo sobre el Convenio europeo, se hizo evidente que existían dos actitudes diferentes, e imposibles de conciliar, sobre ciertos principios que debían regir la extradición: una que seguía la visión tradicional de que el objetivo principal era reprimir el delito, por lo que debía facilitarse la extradición, y otra que introducía consideraciones humanitarias y que, por tanto, tendía a restringir la aplicación de las leyes de extradición¹²⁴. En particular, un experto de los países escandinavos explicó que, según la postura que a la sazón existía en los países de su región, que se desprendía de los trabajos preparatorios sobre la nueva normativa de extradición entre ellos, aunque estaban de acuerdo en ciertas normas generales que regulaban el procedimiento de extradición, el Estado requerido debía conservar su derecho a decidir en última instancia, teniendo en cuenta las circunstancias, si la extradición debía concederse o si, por el contrario, la persona reclamada debía ser enjuiciada en su propio territorio. Por consiguiente, el modelo ortodoxo consistente en un convenio de extradición entre esos países sería sustituido por una ley uniforme en cada uno de ellos en la que se definieran las condiciones en las que normalmente tendría lugar la extradición y se tomara especialmente en consideración la necesidad de proteger los derechos de la persona. Sin embargo, su propuesta de que el Consejo de Europa introdujera un sistema similar no recibió la aprobación de la mayoría de los expertos, por lo que los expertos escandinavos expresaron su disposición a considerar la celebración de convenios de extradición de índole tradicional (es decir, los que conllevan la obligación de extraditar en determinados casos) a condición de que tales convenios permitieran tener en cuenta ciertas circunstancias excepcionales, de modo que en un caso determinado pudiera denegarse la extradición por razones imperativas de carácter humanitario¹²⁵.

80. El artículo 1 del Convenio europeo de extradición se inspiraba en el acuerdo bilateral concluido entre Francia y la República Federal de Alemania el 23 de noviembre de 1951¹²⁶. El informe explicativo sobre el Convenio

¹²³ El 8 de diciembre de 1951, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa adoptó la recomendación 16 (1951), sobre los preparativos que deben realizarse para culminar la conclusión de un Convenio europeo de extradición. Tras estudiar esta recomendación y las respuestas de los gobiernos sobre la conveniencia de concluir el convenio, el Comité de Ministros dio instrucciones al Secretario General, en su resolución (53) 4, de 19 de marzo de 1953, para que estableciera un comité de expertos gubernamentales, que celebró tres períodos de sesiones en Estrasburgo (5 a 9 de octubre de 1953, 31 de enero a 9 de febrero de 1955, y 15 a 25 de febrero de 1956), durante los cuales basó sus actividades en un proyecto elaborado por el Comité de Asuntos Jurídicos y Administrativos y aprobado por la Asamblea (véase la recomendación 66 (1954)).

¹²⁴ Informe explicativo sobre el Convenio europeo de extradición, párr. 9.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 13.

¹²⁶ Convención de extradición entre Francia y la República Federal de Alemania, *Bundesgesetzblatt* 1953 II, S. 152. El artículo 1 del acuerdo bilateral dispone lo siguiente: «Las partes contratantes se

européo de extradición subraya que el término «*competent authorities*» incluido en el texto en inglés se corresponde con las palabras «*autorités judiciaires*» que figuran en la versión francesa y abarca a las autoridades judiciales propiamente dichas y a la fiscalía, aunque excluye a las autoridades policiales¹²⁷.

81. El informe explicativo considera que el artículo 2, párr. 1, establece el principio de extradición obligatoria, ya que la Parte requerida carece de una facultad discrecional para conceder o denegar la extradición, excepto en ciertos casos que se enumeran en las siguientes disposiciones¹²⁸. En cuanto al artículo 3, sobre los delitos políticos, el informe explica asimismo que esta disposición permite a la parte requerida decidir si el delito es político o no; dado que la disposición no fue aceptada por todas las delegaciones, el Comité decidió que pudieran formularse reservas al respecto¹²⁹.

82. Por lo que se refiere al artículo 6, parece que el Comité de expertos se inspiró en las disposiciones correspondientes de la Convención sobre Extradición, de 1933. La mayoría de los expertos consideró deseable, dados los estrechos vínculos entre los Estados miembros, modificar hasta cierto punto el arraigado principio de la no extradición de nacionales en que aún se basaba la legislación sobre extradición de muchos de esos Estados miembros. Por consiguiente, el Comité de expertos recomendó que, en el futuro, la norma de la no extradición de nacionales se considerara optativa más que obligatoria, y que la disposición se redactara siguiendo el modelo de la Convención¹³⁰.

83. El informe explicativo indica que el artículo 6, párr. 1, permite la extradición de nacionales si las leyes del Estado requerido no se oponen a ello, pero incluso en ese caso el Estado requerido no está obligado a extraditar a sus nacionales, sino que tiene la facultad de conceder

o denegar su extradición¹³¹. En cuanto al párrafo 2, el informe observa que sus disposiciones imponen al Estado requerido la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes, a instancia de la Parte requirente, para que la persona en cuestión no quede impune. No obstante, el informe señala que el proceso judicial sólo tendrá lugar si las autoridades competentes consideran que hay lugar al enjuiciamiento¹³². Teniendo en cuenta la conveniencia, en interés de la justicia, de enjuiciar a los nacionales no extraditados, un experto propuso una redacción alternativa para este párrafo, que habría quedado redactado del siguiente modo: «Si se denegase la extradición de esas personas, la Parte requerida deberá proceder judicialmente contra ellas conforme al procedimiento que se aplicaría si el delito se hubiera cometido en su propio territorio». Esta propuesta recibió el apoyo de otros dos expertos, pero no fue adoptada por el Comité¹³³. También se propuso en el seno del Comité que el principio establecido en el párrafo 2 se ampliara para abarcar otros casos en los que se denegara la extradición. Sin embargo el informe señala que

varios expertos estimaron innecesaria tal ampliación, dado que si un Estado informa a otro de que una persona que se encuentra en su territorio ha cometido ciertos delitos, este último Estado realizará *ipso facto* averiguaciones para determinar si hay motivos suficientes para actuar contra esa persona¹³⁴.

Por último, se propuso incluir una disposición que permitiera al Estado requerido denegar la extradición «[s]i la detención y entrega de la persona reclamada pueden reportarle consecuencias excepcionalmente graves y plantear preocupaciones de carácter humanitario debido a su edad o estado de salud». El Comité no aceptó la propuesta, en el entendido de que, a este respecto, podía formularse una reserva al artículo 1 del Convenio¹³⁵.

84. En los trabajos preparatorios también se planteó la cuestión de si debía denegarse la extradición: *a*) si se hubiera declarado una amnistía en el Estado requirente; o *b*) si se hubiera declarado una amnistía en el Estado requerido por el mismo tipo de delito por el que se había solicitado la extradición. Los expertos consideraron que no era necesario examinar la primera posibilidad, ya que parecía harto improbable. En cuanto a la segunda, estimaron que, por regla general, una amnistía tenía en cuenta consideraciones locales o nacionales y no debía ampliarse a personas a las que no estaba inicialmente dirigida, por lo que debería concederse la extradición¹³⁶. No obstante, debe observarse que, conforme al artículo 4 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición, el Convenio fue completado con una disposición («Amnistía») según la cual:

obligan recíprocamente a entregarse, según las reglas y en las condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales del Estado requirente persiguieren o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad».

¹²⁷ Informe explicativo sobre el Convenio europeo de extradición, comentario al artículo 1.

¹²⁸ *Ibid.*, comentario al artículo 2.

¹²⁹ *Ibid.*, comentario al artículo 3.

¹³⁰ Véase Consejo de Europa, *Rapport du Comité d'experts en matière d'extradition au Comité des ministres*, Comité de Ministros, 13.ª sesión CM (53) 129, 10 de octubre de 1953, párr. 21. El Comité también consideró la posibilidad de complementar esta disposición con una cláusula facultativa que subordinara la extradición de nacionales a una declaración formal de reciprocidad, a fin de evitar situaciones en las que un Estado entregue a sus nacionales a otro Estado y este último deniegue la extradición de sus propios nacionales (*ibid.*, párr. 22; véase a este respecto la cláusula opcional de la Convención sobre Extradición, de 1933 antes descrita). El experto del Reino Unido explicó que el derecho y el procedimiento penal de su país raras veces permitían el enjuiciamiento de nacionales por delitos cometidos en el extranjero, por lo que reservó su posición en cuanto a esa parte concreta de la disposición propuesta (*ibid.*, párr. 24). También debe observarse que el proyecto elaborado por el Comité de Asuntos Jurídicos y Administrativos, que figuraba como anexo de la recomendación 66 (1954) de la Asamblea Consultiva, contenía otra variante de la disposición en cuestión: «Cuando la persona cuya extradición se solicita sea nacional de la Alta Parte Contratante requerida y no pueda por este motivo ser extraditada, dicha Alta Parte Contratante deberá, en el plazo de un año desde la notificación a la Alta Parte Contratante requirente de su rechazo a extraditar, proceder al enjuiciamiento de la persona en cuestión como si los hechos hubieran tenido lugar en su propio territorio» (art. 4).

¹³¹ Informe explicativo sobre el Convenio europeo de extradición, comentario al artículo 6.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.* Para una explicación más detallada de las distintas posiciones en el Comité de expertos, véase Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Rapport du Comité d'experts en matière d'extradition au Comité des ministres*, CM (56) 83 (Confidencial), 2 de julio de 1956, págs. 73 a 76 (comentario al artículo 6).

¹³⁶ Informe explicativo sobre el Convenio europeo de extradición, Resumen de las cuestiones no tratadas en el proyecto de convenio europeo multilateral pero que fueron objeto de debate.

No se concederá la extradición por un delito objeto de una amnistía en el Estado requerido si este tuviera competencia para perseguir dicho delito con arreglo a su propia ley penal.

c) Reservas

85. Se han formulado numerosas declaraciones y reservas en relación con el Convenio europeo de extradición, que especifican el alcance de las obligaciones aceptadas por cada parte contratante respecto de la extradición. Así, por ejemplo, se han formulado reservas al artículo 1 en el sentido de que cabe denegar la extradición por motivos humanitarios (a saber, en razón del estado de salud, la edad u otras circunstancias personales del individuo, o si la persona pudiera ser sometida a tortura en el Estado requirente) o cuando la persona vaya a ser juzgada en el Estado requirente por una corte o tribunal especial que no respete las garantías procesales fundamentales¹³⁷. Algunos Estados también han indicado que pueden denegar la extradición por motivos de moralidad pública, orden público, seguridad del Estado u otros intereses esenciales¹³⁸. Los Estados también se han reservado el derecho a decidir en cada caso particular si los hechos por los que se solicita la extradición deben tener la consideración de delito político¹³⁹ o a denegar la extradición cuando la persona pueda ser castigada con la pena capital en el Estado requirente, a no ser que se den seguridades suficientes de que dicha pena no será ejecutada¹⁴⁰. Algunos Estados también se han reservado el derecho a denegar la extradición de personas a las que se haya concedido asilo político¹⁴¹.

86. En cuanto al artículo 6, varios Estados han realizado una declaración definiendo cómo interpretan el término «nacionales» en el sentido del Convenio, y a veces aclarando también que, con arreglo a su legislación interna,

¹³⁷ Véanse las declaraciones de Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, la República de Moldova, San Marino, Suecia, Suiza y Ucrania. Las declaraciones figuran en Consejo de Europa, *Liste des déclarations formulées au titre du traité n° 024. Convention européenne d'extradition*.

¹³⁸ Véanse las declaraciones de la Federación de Rusia y Georgia.

¹³⁹ Véanse las declaraciones de Armenia, España, la Federación de Rusia, Finlandia, Italia, Lituania y Suecia.

¹⁴⁰ Véanse las declaraciones de Andorra, Austria, España, Hungría y Portugal. Véase también la declaración de Turquía. Portugal también formuló una declaración en el sentido de que no entregaría a personas cuya extradición se solicitara en relación con un delito que estuviera castigado con pena de reclusión u orden de detención a perpetuidad. Alemania, Austria, Bélgica, la Federación de Rusia y Suiza declararon que esa reserva sólo sería compatible con el objeto y fin del Convenio si la decisión de denegar la extradición por delitos castigados con pena de reclusión u orden de detención a perpetuidad no es absoluta, y que interpretaban la reserva en el sentido de que la única circunstancia en la que no se concedería la extradición era cuando la ley del Estado requirente no contemplara la posibilidad de que la persona condenada a cadena perpetua que hubiera cumplido una parte de la condena o período de detención obtuviera la revisión judicial de su caso a fin de conmutar el resto de la pena por un régimen de libertad vigilada.

¹⁴¹ Véase la reserva de Armenia, así como la declaración de Polonia en virtud de la cual los beneficiarios de asilo en este país recibirán el mismo trato que los nacionales polacos (cuya extradición está prohibida). Alemania, Austria y Turquía interpretaron estas declaraciones en el sentido de que las personas que hayan obtenido asilo en esos países sólo recibirán el mismo trato que sus nacionales si quien solicita la extradición es el Estado que los perseguía, en cuyo caso tales personas no serán extraditadas.

denegarán la extradición de quienes se definan como nacionales suyos¹⁴². Algunos de esos Estados han indicado expresamente que las autoridades internas procederán a enjuiciar a sus propios nacionales, incluso por delitos cometidos en el extranjero¹⁴³.

3. OTRAS CONVENCIONES REGIONALES SOBRE EXTRADICIÓN

87. El Convenio general sobre cooperación judicial, firmado en el contexto de la Organización de la Comunidad de África y Madagascar, establece que los Estados partes se entregarán recíprocamente, según las normas y condiciones contempladas en el Convenio, a las personas que se encuentren en su territorio y estén encausadas o hayan sido condenadas por las autoridades judiciales de otra parte (art. 41). El artículo 42 establece lo siguiente:

Las Altas Partes Contratantes no extraditarán a sus respectivos nacionales; la condición de nacional se apreciará en el momento de la infracción por la cual se solicita la extradición.

No obstante, el Estado requerido se compromete, en la medida en que sea competente para juzgarlos, a perseguir a sus propios nacionales que hayan cometido en el territorio de otro Estado infracciones tipificadas como crímenes o delitos en su propia legislación, cuando el otro Estado le dirija una solicitud en tal sentido acompañada de los expedientes, documentos, objetos e información en su poder. Se mantendrá informado al Estado requirente del curso que se dé a su solicitud.

88. Conforme al Programa de Londres para la extradición en el Commonwealth, la extradición se concede entre los países del Commonwealth para los delitos que dan lugar a ella y con sujeción a la norma de la doble incriminación (art. 2). El Programa dispone que la extradición estará excluida por la ley si la autoridad competente tiene la convicción de que el delito tiene carácter político (art. 12) y contempla la posibilidad de que se deniegue con carácter discrecional (art. 15). Asimismo, el artículo 16 (Medidas alternativas en caso de denegación)

¹⁴² Véanse las declaraciones de Albania (en la que se indica que también se aplica a quienes gocen de doble nacionalidad), Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca (que también incluye a las personas domiciliadas en ese país, así como a los nacionales de Finlandia, Islandia, Noruega o Suecia, o los residentes domiciliados en esos países), España, Estonia (a no ser que el nacional consienta en ser extraditado), la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Finlandia (que también incluye a las personas domiciliadas en ese país, así como a los nacionales de Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia, o los residentes o extranjeros domiciliados en esos países), Francia, Georgia, Grecia, Hungría (en la que también se reserva el derecho a denegar la extradición de personas asentadas definitivamente en el país), Irlanda, Islandia (que también incluye a las personas domiciliadas en ese país, así como a los nacionales de Dinamarca, Finlandia, Noruega o Suecia, o los residentes domiciliados en esos países), Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo (que incluye en la definición a los extranjeros integrados en la comunidad de Luxemburgo, en la medida en que puedan ser enjuiciados en este país por los delitos pertinentes), Mónaco, Montenegro, Noruega (que también incluye a los residentes en ese país, así como a los nacionales de Dinamarca, Finlandia, Islandia y Suecia, o los residentes en esos países), los Países Bajos (que incluye a los extranjeros integrados en la comunidad de los Países Bajos, en la medida en que puedan ser enjuiciados en este país por los delitos pertinentes, y admite la extradición de nacionales si el Estado requirente ofrece garantías de que la persona reclamada será devuelta a los Países Bajos para que cumpla allí su condena), Polonia, Portugal, la República de Moldova, Rumanía, San Marino, Serbia, Sudáfrica, Suecia (que también incluye a los extranjeros domiciliados en ese país, así como a los nacionales de Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, o los extranjeros domiciliados en esos países) y Ucrania.

¹⁴³ Véanse las declaraciones de Chipre y Liechtenstein.

establece que «[c]on el fin de asegurar que los países del Commonwealth no se utilicen como refugio frente a la acción de la justicia», todo país que se reserve el derecho de denegar la extradición de sus nacionales o residentes permanentes tomará, en el marco de su Constitución, las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias u oportunas en esas circunstancias para facilitar el enjuiciamiento o castigo de una persona cuya extradición se deniegue por ese motivo (párr. 1), lo cual puede incluir el sometimiento del caso a las autoridades competentes del país requerido a efectos de enjuiciamiento (párr. 2, apdo. a).

89. Conforme a la Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre extradición, los Estados partes se comprometen a entregarse recíprocamente, con sujeción a las disposiciones y condiciones establecidas en él, a todas las personas que se encuentren en su territorio y sean buscadas para ser enjuiciadas por un delito o sean buscadas por las autoridades judiciales del Estado requirente para la ejecución de una sentencia (art. 2, párr. 1). En virtud de lo dispuesto en la Convención, no se concederá la extradición por delitos políticos (art. 3), si la persona puede ser torturada o puede recibir un trato o un castigo inhumano o degradante (art. 4), cuando la extradición sea incompatible con consideraciones humanitarias teniendo en cuenta la edad o la salud (art. 5), o cuando se conceda una amnistía (art. 16). También se puede denegar si la persona ha sido condenada o va a ser juzgada por un tribunal extraordinario o *ad hoc* (art. 8), cuando, en virtud de lo establecido en la legislación del Estado requerido, se considere que el delito se ha cometido total o parcialmente en su territorio o en un lugar que recibe la misma consideración que éste (art. 11) o cuando el delito sea sancionado con la pena de muerte en el Estado requirente y la legislación del Estado requerido no contemple la misma sanción (art. 17). Conforme al artículo 10, párr. 1, la extradición de un nacional tendrá carácter discrecional para el Estado requerido. Sin embargo conforme al párrafo 2:

El Estado requerido que no acceda a la extradición de un nacional deberá, a instancia del Estado requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por vía diplomática o por cualquier otro cauce acordado por los Estados interesados. Se informará al Estado requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

D. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y otros instrumentos que siguen el mismo modelo

90. El tipo concreto de disposición conocida como la «fórmula de La Haya» parece ser la versión contemporánea más común de las disposiciones convencionales que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento. Este tipo de cláusula está presente en los convenios destinados a la represión de delitos específicos, principalmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, pero también en otras esferas (como la tortura, los mercenarios, la seguridad del personal de las Naciones Unidas, la delincuencia transnacional, la corrupción, o las desapariciones forzadas).

1. EL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DEL APODERAMIENTO ILÍCITO DE AERONAVES

91. Se reconoce unánimemente que el mecanismo para sancionar a los delincuentes contemplado en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves ha servido de modelo para la mayoría de las convenciones contemporáneas destinadas a reprimir delitos específicos. Por lo tanto, se examinarán con cierto detalle sus disposiciones aplicables y sus trabajos preparatorios correspondientes.

a) Disposiciones aplicables

92. La disposición del Convenio que combina la extradición y el enjuiciamiento (art. 7) forma parte de un mecanismo articulado para sancionar a los delincuentes, cuyos principales elementos se describen a continuación.

93. El artículo 1 define el delito correspondiente conforme al Convenio. Según el artículo 2, los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas.

94. El artículo 4 concreta las obligaciones que incumben a los Estados Contratantes con respecto al establecimiento de su jurisdicción sobre el delito¹⁴⁴. Conforme al párrafo 1, cada Estado Contratante «tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción» en tres casos en los que tiene un vínculo especial con el delito¹⁴⁵. El párrafo 2 establece que «cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1». Por lo tanto, esta disposición establece un caso de jurisdicción universal con respecto a los delitos pertinentes¹⁴⁶. El párrafo 3 de este artículo indica que el Convenio «no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales».

95. El artículo 6 impone al Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, que proceda a la detención o tome otras medidas para asegurar su presencia y que proceda inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. Este artículo ofrece detalles sobre las condiciones aplicables a dicha detención y las obligaciones de notificación a otros Estados interesados.

¹⁴⁴ Hay que tener en cuenta que esta disposición no exige que ningún Estado ejerza la jurisdicción, simplemente que la establezca (White, «The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft», págs. 41 y 42). La cuestión del enjuiciamiento se aborda posteriormente en el artículo 7.

¹⁴⁵ Dichos casos son los siguientes: *a*) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; *b*) si la aeronave a bordo de la cual se comete el delito aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; y *c*) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, Austria, octava sesión de la Comisión Plenaria, párr. 11, OACI, *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo, La Haya, diciembre de 1970*, vol. I, Actas (8979-LC/165-1), pág. 74, e *ibíd.*, vol. II, Documentos (8979-LC/165-2), pág. 94.

96. Conforme al artículo 7:

El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

97. El artículo 8 contempla en detalle el régimen de extradición del delito correspondiente. Conforme al párrafo 1, el delito se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Contratantes, y éstos se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. Según el párrafo 2, si un Estado Contratante que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe de otro Estado Contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito, con sujeción a las demás condiciones exigidas por su legislación. Los Estados Contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el delito como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido (párr. 3). Con arreglo al párrafo 4, a los fines de la extradición, se considerará que el delito se ha cometido no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el artículo 4, párr. 1.

b) *Trabajos preparatorios*

98. El Convenio fue aprobado en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo celebrada en La Haya del 1.º al 16 de diciembre de 1970 bajo los auspicios de la OACI¹⁴⁷. La Conferencia trabajó sobre la base de un proyecto de convenio presentado por el Comité Jurídico de la OACI, que a su vez se basaba en un proyecto elaborado por un subcomité sobre este asunto¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Por medio de la resolución A16-37, aprobada en su XVI período de sesiones, en septiembre de 1968 (OACI, *Resoluciones adoptadas por la Asamblea e índice de la documentación*, pág. 92 (8779 A16-RES)), la Asamblea de la OACI había instado a los Estados a hacerse partes en el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963, y había solicitado al Consejo que realizara un estudio de otras medidas destinadas a abordar el problema del apoderamiento ilícito. Si bien se habían presentado algunas propuestas en los trabajos preparatorios del Convenio que combinaban las opciones del enjuiciamiento y la extradición (véase, por ejemplo, la propuesta de Venezuela y los Estados Unidos presentada ante el Comité Jurídico de la OACI en su XIV período de sesiones, celebrado en Roma del 28 de agosto al 15 de septiembre de 1962 (OACI, 8302-LA/150-2), pág. 102), el texto final del Convenio solamente establecía que el Estado de matrícula de la aeronave era competente para conocer de los delitos correspondientes y que nada de lo dispuesto en el Convenio debía interpretarse en el sentido de que se creara una obligación de conceder la extradición (véanse, respectivamente, los artículos 3 y 16, párr. 2).

¹⁴⁸ En diciembre de 1968, el Consejo de la OACI decidió remitir los aspectos jurídicos de la cuestión al Comité Jurídico y solicitar al Presidente del Comité que estableciera un subcomité sobre este asunto. El Subcomité sobre secuestro de aeronaves celebró dos períodos de sesiones (Montreal, 10 a 21 de febrero de 1969 y 23 de septiembre a 3 de octubre de 1969) (8838-LC/157), tras los cuales el Comité Jurídico, en su XVII período de sesiones (Montreal, febrero-marzo de 1970), elaboró un proyecto de convenio que consideró por unanimidad listo

99. En su descripción del proyecto del Subcomité durante los trabajos del Comité Jurídico, el Presidente del Subcomité explicó que dicho proyecto, que estaba destinado a hacer que fuera obligatorio el enjuiciamiento de los actos de apoderamiento ilícito de aeronaves, se basaba en un sistema de múltiples jurisdicciones. Por tanto, la obligación de juzgar correspondía al Estado de matrícula de la aeronave y al Estado de aterrizaje si el presunto delincuente dejaba la aeronave en este último¹⁴⁹. El proyecto establecía que el delito daría lugar a la extradición, pero no imponía la obligación de extraditar¹⁵⁰. Asimismo, el Subcomité había reconocido que no sería posible obligar al Estado de aterrizaje a juzgar a los presuntos delincuentes que no extraditara, porque en muchos Estados correspondía al ministerio fiscal decidir si se abría una causa o no. Por lo tanto, había adoptado una fórmula tomada del Convenio europeo de extradición en virtud de la cual, si no se producía la extradición, el Estado que hubiera detenido al presunto delincuente debería someter el caso a sus autoridades competentes para que éstas decidieran si se debía incoar un procedimiento judicial contra él¹⁵¹. Por consiguiente, el Presidente del Subcomité resumió el sistema del proyecto de convenio señalando que contenía la obligación de capturar al presunto delincuente, la posibilidad de su extradición, la obligación de remitir el caso a la autoridad competente y la posibilidad de enjuiciamiento¹⁵².

para ser presentado a los Estados en forma de proyecto final. En marzo de 1970, el Consejo distribuyó este proyecto y decidió convocar una conferencia en La Haya (véase *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo...* (nota 146 *supra*), vol. I, Introducción, pág. ix).

¹⁴⁹ El Presidente (Sr. Guillaume, delegado de Francia) señaló que el Subcomité había comenzado su labor con una propuesta de los Estados Unidos de que se estableciera una jurisdicción prioritaria para el Estado de matrícula de la aeronave en el caso de un apoderamiento ilícito y que se procediera a la extradición del presunto delincuente a dicho Estado incluso en casos excepcionales, pero la mayoría de los Estados consideró que, si bien esta propuesta tenía la ventaja de la eficiencia, probablemente no se aceptaría con carácter universal a causa de la legislación tradicional sobre extradición (OACI, Comité Jurídico, 30.ª sesión (3 de marzo de 1970), párr. 12, en OACI, Comité Jurídico, XVII período de sesiones (8877-LC/161). Tal y como se indicará a continuación, los Estados Unidos presentarían posteriormente una propuesta similar ante la Conferencia.

¹⁵⁰ OACI, Comité Jurídico, *ibíd.*, párrs. 12 a 14, págs. 16 y 17. En una sesión posterior, el Presidente del Subcomité explicó que la versión inicial de la correspondiente disposición sobre extradición (artículo 8 del proyecto) procedía del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (*ibíd.*, 34.ª sesión, párr. 17).

¹⁵¹ *Ibíd.*, 30.ª sesión, párr. 14. En una sesión posterior, el Presidente del Subcomité ofreció más detalles sobre este enfoque: la idea en la que se basaba el artículo 7 del proyecto era que el Estado debía someter el caso a las autoridades competentes para que decidieran si se debía incoar un procedimiento judicial contra el delincuente. El Subcomité ya había encontrado una dificultad en el hecho de que, aunque es posible imaginar un sistema automático en virtud del cual el Estado que no conceda la extradición está obligado a juzgar, le resultaba imposible expresar dicha idea de forma absoluta, ya que había muchos Estados en los que existía el principio de oportunidad del enjuiciamiento, que dejaba en manos del ministerio fiscal la decisión de si se debía incoar o no un procedimiento judicial y, por lo tanto, no se consideraba que fuera posible interferir en la competencia de las autoridades en este aspecto. Por consiguiente, para este proyecto el Comité se basó en el Convenio europeo de extradición, en virtud del cual, si los Estados no extraditan al presunto delincuente, están obligados al menos a presentar el caso a las autoridades para que decidan si se le debe enjuiciar o no (*ibíd.*, 36.ª sesión (6 de marzo de 1970), párr. 33). El Sr. Guillaume confirmó posteriormente que la «fórmula de La Haya», que calificaba como *aut dedere aut persequi*, estaba inspirada en el Convenio europeo de extradición (Guillaume, «Terro-risme et droit international», págs. 354 y 368).

¹⁵² OACI, Comité Jurídico (nota 149 *supra*), 30.ª sesión, párr. 15. Por lo que se refiere al artículo 6 del proyecto (sobre los procedimientos de arresto, detención e investigación preliminar), el Presidente también

100. El Comité Jurídico, que mantuvo la lógica global de este sistema, aunque con ligeras modificaciones, explicó en su informe que con el fin de prevenir actos de apoderamiento ilícito de aeronaves, existía la urgente necesidad de sancionarlos como delito y tomar las medidas apropiadas para facilitar el enjuiciamiento y la extradición de los delincuentes¹⁵³. Con respecto a la extradición, se acordó que, conforme al proyecto de convenio, los Estados contratantes aceptarían la obligación de incluir el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves en sus futuros tratados de extradición¹⁵⁴. Sin embargo, también se señaló que el proyecto debía respetar las condiciones que las legislaciones nacionales imponían a la extradición¹⁵⁵.

101. Por tanto, el proyecto presentado ante la Conferencia por el Comité Jurídico contenía los principales elementos del mecanismo que se consagraría posteriormente en el Convenio, incluida una disposición que imponía a los Estados partes, en el caso de que no extraditaran, la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes para el enjuiciamiento¹⁵⁶.

102. En el debate general durante la Conferencia, varias delegaciones señalaron que el apoderamiento ilícito de aeronaves era un asunto de calado internacional y celebraron la negociación de un convenio que evitaría la impunidad de los responsables de dichos actos¹⁵⁷. Algunas delegaciones solicitaron un mayor fortalecimiento del mecanismo para asegurar que los delincuentes fueran llevados ante la justicia¹⁵⁸.

observó que, al igual que en el proyecto de artículo 9, se basaba en el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (ibíd., párr. 16).

¹⁵³ Informe del Comité Jurídico, párr. 5, reproducido en ibíd., pág. 2.

¹⁵⁴ Ibíd., 34.ª sesión (5 de marzo de 1970), párr. 16 (tras una votación del Comité).

¹⁵⁵ Se hicieron varias declaraciones en este sentido como reacción a una propuesta de Polonia en virtud de la cual los Estados contratantes habrían tenido la obligación de extraditar a los delincuentes al Estado de matrícula de la aeronave, sin perjuicio del derecho del Estado a conceder asilo territorial y del principio de no extradición de los nacionales: véanse las declaraciones de España, Francia, Suecia, el Reino Unido, Italia y Bélgica en ibíd., sesiones 34.ª y 35.ª (5 de marzo de 1970). La propuesta de Polonia fue rechazada por el Comité (ibíd., 35.ª sesión, párr. 6).

¹⁵⁶ Véase «Proyecto de Convenio» (SA Doc. n.º 4), *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo...* (nota 146 *supra*), vol. II, págs. 21 a 23. El artículo 7 del proyecto establecía que «[e]l Estado Contratante que tome las medidas previstas en el párrafo 1 del artículo 6 [para detener al presunto delincuente o asegurar su presencia], si no procede a la extradición del presunto delincuente, someterá el caso a sus autoridades competentes para que estas decidan si hay lugar a proceder judicialmente contra él. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los demás delitos».

¹⁵⁷ Véase ibíd., vol. I, segunda sesión plenaria, Estados Unidos (párr. 18, pág. 9); Grecia (párr. 24, pág. 10: el secuestrador «despreciaba a la comunidad internacional al socavar la confianza en la seguridad del viaje aéreo»); Japón (párr. 27, pág. 11); Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (párr. 32, pág. 11: el secuestro ponía «en peligro la seguridad mundial»); Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (párr. 36, pág. 12); tercera sesión plenaria, Malasia (párr. 1, pág. 15: el apoderamiento ilícito de aeronaves debería ser considerado «delito internacional»); Costa Rica (párr. 7, pág. 15: «el secuestro constituía un grave peligro para la paz»); Israel (párrs. 26 y 28, pág. 18); Tailandia (párr. 32, pág. 19: los secuestradores deberían ser considerados enemigos de la humanidad y, por consiguiente, deberían poder ser sancionados por todos); y Túnez (párr. 33, pág. 19).

¹⁵⁸ Véase ibíd., segunda sesión plenaria, Estados Unidos (párrs. 20 a 23, págs. 9 y 10); Grecia (párr. 24, pág. 10); Japón (párr. 26, pág. 10); Bulgaria (párr. 43, pág. 13); tercera sesión plenaria, Polonia (párr. 5,

103. Tal y como se ha mencionado anteriormente, el proyecto del Comité Jurídico, conforme al artículo 4, imponía la obligación de establecer la jurisdicción sobre el delito sólo al Estado de matrícula y al Estado de aterrizaje de la aeronave¹⁵⁹. La inclusión del párrafo 2 fue el resultado de una enmienda justificada de la siguiente forma:

La razón de [esta] propuesta era que el artículo 7, que obligaba a los Estados que no concedieran la extradición a someter el caso a sus autoridades competentes para decidir sobre su persecución, sería letra muerta si los Estados no tuvieran jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del artículo 4. Como no existía extradición obligatoria según el Convenio, era preciso que, en defecto de la misma, el delincuente fuese castigado por los tribunales del Estado en que estaba detenido¹⁶⁰.

104. Esta propuesta fue criticada por algunas delegaciones, que consideraron que el texto original estaba concebido para reconocer la jurisdicción en aquellos Estados con una conexión más genuina con el delito y que el nuevo párrafo vincularía artificialmente el establecimiento de la jurisdicción con el mecanismo de la extradición¹⁶¹. No obstante, la enmienda fue apoyada por la mayoría de las delegaciones, que consideraron que llenaba una laguna existente en el Convenio¹⁶², y fue aprobada por la Conferencia¹⁶³.

105. El texto del artículo 7, tal y como fue aprobado finalmente, tiene su origen en una enmienda conjunta al proyecto del Comité Jurídico que también se propuso en la Conferencia¹⁶⁴. La enmienda propuesta inicialmente sugería, en particular, la inclusión de la frase «cualesquiera

pág. 15); Canadá (párr. 20, pág. 17); Israel (párr. 26, pág. 18); Reino Unido (párr. 29, pág. 18); Camboya (párr. 30, pág. 18); Asociación de Transporte Aéreo Internacional (párr. 37, pág. 19); y Checoslovaquia (párr. 38, pág. 19).

¹⁵⁹ Se añadió el subapartado 1, c, tras la aprobación de una enmienda conjunta presentada en la Conferencia (SA Doc. n.º 46); véase la novena sesión de la Comisión Plenaria, ibíd., párrs. 12 a 49, págs. 82 a 87.

¹⁶⁰ España (ibíd., octava sesión de la Comisión Plenaria, párr. 17, pág. 75), explicando su propuesta de enmienda contenida en SA Doc. n.º 61 (ibíd., vol. II, pág. 118). Otras enmiendas también destinadas a extender el establecimiento de la jurisdicción conforme al artículo 4 fueron propuestas por la República Árabe Unida (SA Doc. n.º 11), Suiza (SA Doc. n.º 58), Austria (SA Doc. n.º 42) y el Reino Unido (SA Doc. n.º 62), pero fueron sustituidas por la propuesta de España o retiradas a lo largo del debate. Cabe destacar que la enmienda propuesta por Suiza contemplaba una jurisdicción extraterritorial (y no obligatoria) cuando el Estado no extraditara al delincuente a otro Estado contratante.

¹⁶¹ Véase ibíd., vol. I, octava sesión de la Comisión Plenaria, Jamaica (párr. 22, pág. 76) y Francia (párr. 37, pág. 78). Otras delegaciones defendieron posturas similares: Zambia (párr. 27, pág. 76, expresando su preferencia por una jurisdicción de carácter facultativo); República Popular del Congo (párr. 28, pág. 77); Australia (párr. 31, pág. 77); Indonesia (párr. 40, pág. 78); e India (párr. 42, pág. 78).

¹⁶² Véase ibíd., Costa Rica (párr. 20, pág. 75); México (párr. 21, pág. 75); Venezuela (párr. 25, pág. 76); Asociación de Derecho Internacional (párr. 26, pág. 76); Austria (párr. 32, pág. 77); Noruega (párr. 34, pág. 77); Estados Unidos (párr. 35, pág. 77); Países Bajos (párr. 36, págs. 77 y 78); Panamá (párr. 39, pág. 78); Italia (párr. 41, pág. 78); Federación Internacional de Asociaciones de Pilotos de Líneas Aéreas (párr. 43, págs. 78 y 79).

¹⁶³ La Comisión Plenaria aprobó la propuesta por 34 votos a favor, 17 en contra y 17 abstenciones (ibíd., párr. 53, pág. 80). Posteriormente el pleno aprobó el artículo 4, párr. 2, por 73 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención (novena sesión plenaria, ibíd., párr. 54, pág. 172).

¹⁶⁴ Véase ibíd., vol. II, SA Doc. n.º 72 revisado, propuesto por 26 delegaciones, pág. 131. La propuesta tenía el siguiente tenor: «El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus

que sean los móviles del delito y con independencia de que éste haya sido o no cometido en su territorio» y la disposición según la cual las autoridades competentes deberían tomar su decisión de enjuiciar o no «en las mismas condiciones que las aplicables a los demás delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado»¹⁶⁵. Mientras que algunas delegaciones apoyaron la propuesta basándose en que aseguraba que no se eliminaba el enjuiciamiento de los secuestradores por ningún aspecto político de su delito¹⁶⁶, otras expresaron su oposición radical al texto revisado¹⁶⁷. En la consideración del proyecto final en el pleno se presentó un texto de compromiso que sustituyó la frase «cualesquiera que fueran los móviles del delito» por «sin excepción alguna»¹⁶⁸, y esta enmienda fue aprobada por la Conferencia¹⁶⁹.

106. En el transcurso del debate sobre el artículo 8 se aclaró que esta disposición obligaba a los Estados contratantes a incluir el delito entre aquellos que dan lugar a la extradición en los tratados sobre extradición, pero no convertía la extradición en obligatoria o automática¹⁷⁰.

(Continuación de la nota 164.)

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, cualesquiera que sean los móviles del delito y con independencia de que éste haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los demás delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado».

¹⁶⁵ *Ibid.*, vol. I, 15.ª sesión de la Comisión Plenaria, Italia (párr. 44, pág. 130).

¹⁶⁶ Véase *ibid.*, Argentina (párr. 49, pág. 130); Reino Unido (párr. 50, pág. 131); 16.ª sesión de la Comisión Plenaria, Uganda (párr. 10, pág. 134); Yugoslavia (párr. 11, pág. 134); Canadá (párrs. 13 a 15, pág. 135). Véase también la propuesta modificada de España (SA Doc. n.º 61) (*ibid.*, vol. II, pág. 117, quinto párrafo de la introducción: «Parece que la motivación política debe limitarse a constituir una excepción para conceder la extradición, pero no debe serlo para la persecución del delito por el Estado que tiene en su poder al delincuente»).

¹⁶⁷ Véase *ibid.*, vol. I, 15.ª sesión de la Comisión Plenaria, Kenya (párr. 45, pág. 130); República Árabe Unida (párr. 46, pág. 130, y párr. 53, pág. 131); República Unida de Tanzania (párr. 47, pág. 130); Zambia (párr. 51, pág. 131); 16.ª sesión de la Comisión Plenaria, República Popular del Congo (párr. 2, pág. 133); Malasia (párr. 3, pág. 133, alegando que el Convenio no debería imponer la obligación de juzgar, ya que los ordenamientos jurídicos de los Estados contemplaban diferentes niveles de discreción con respecto al enjuiciamiento); Ceilán (párr. 7, pág. 134); Kuwait (párr. 8, pág. 134); República Árabe Unida (párr. 26, pág. 136).

¹⁶⁸ La propuesta inicial de Kenya sugería la frase «sin excepción», pero fue modificada y se le añadió la palabra «alguna», tal como propuso la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con el fin de adecuarla al texto de la resolución 2645 (XXV) de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1970, en la cual la Asamblea condenaba, «sin excepción alguna, todo acto de desviación de aeronaves u otras injerencias en los viajes aéreos civiles, ya sean de origen nacional o internacional, mediante la amenaza o el uso de la fuerza, y todo acto de violencia que pueda cometerse contra los pasajeros». Véase *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo...* (nota 146 *supra*), vol. I, décima sesión plenaria, párrs. 8 y 21, págs. 177 y 178.

¹⁶⁹ Para el debate, véase *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo...* (nota 146 *supra*), vol. I, párrs. 7 a 64, págs. 177 a 182.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 12.ª sesión de la Comisión Plenaria, Asociación de Transporte Aéreo Internacional (párr. 26, pág. 106); véase también Estados Unidos (párr. 16, pág. 104) e India (párr. 20, pág. 105). Esta cuestión también se suscitó en respuesta a dos enmiendas (SA Doc. n.º 6 del Senegal y SA Doc. n.º 64 de la República Unida de Tanzania [*ibid.*, vol. II, págs. 30 y 121, respectivamente]) destinadas a modificar el texto de la disposición para asegurar que el Convenio no reemplazaba a las leyes nacionales que regulaban la extradición, especialmente en lo relativo a la concesión del asilo en los casos de secuestros políticos (véase 12.ª sesión de la Comisión Plenaria, *ibid.*, vol. I, República Unida de Tanzania, párr. 11, pág. 104). Si bien las enmiendas estaban apoyadas por delegaciones que insistían en la necesidad de respetar la

Se añadió el párrafo 2 en virtud de una propuesta conforme a la cual, entre otras cosas, «[l]os Estados Contratantes que subordinen la extradición a la existencia de un tratado, *reconocerán** el presente Convenio como base jurídica para la extradición»¹⁷¹. Si bien esta propuesta estaba justificada como una forma de llenar una laguna del proyecto del Comité Jurídico con respecto a los Estados que condicionan la extradición a la existencia de un tratado y, por tanto, recibió cierto respaldo¹⁷², contó con la oposición de varias delegaciones que no querían que el Convenio constituyera el fundamento de la extradición¹⁷³. Dichas cuestiones se volvieron a plantear en el pleno en el debate final sobre el proyecto de convenio y, tras una animada discusión, la propuesta fue enmendada para que estableciera que el Estado correspondiente «*podrá discrecionalmente** considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito»¹⁷⁴. Otras dos enmiendas, que tenían como finalidad dar prioridad a la solicitud de extradición presentada por el Estado de matrícula de la aeronave¹⁷⁵ y someter a los delincuentes a la extradición al Estado de matrícula con independencia de cualquier acuerdo específico entre los Estados interesados¹⁷⁶, plantearon dificultades para varias delegaciones y fueron descartadas. Si bien algunas delegaciones también propusieron que el Convenio incluyera una disposición que prohibiera la concesión del asilo político al delincuente o el rechazo de la extradición basándose en que el delito constituía un acto político¹⁷⁷, la Conferencia no aprobó la correspondiente enmienda.

soberanía de los Estados (República Árabe Unida (párr. 10, pág. 104); Túnez (párrs. 17 y 18, pág. 105); Rwanda (párr. 19, pág. 105); República Bolivariana de Venezuela (párr. 22, pág. 105); Ceilán (párrs. 23 y 24, págs. 105 y 106); Kuwait (párr. 25, pág. 106)), fueron rechazadas por la Comisión Plenaria (párrs. 30 y 31, pág. 106). También se rechazó otra propuesta de la República Unida de Tanzania para evitar la interpretación de que hubiera de recurrir automáticamente a la extradición y salvaguardar la validez de los tratados en vigor (véase 13.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 39 a 42, págs. 113 y 114).

¹⁷¹ SA Doc. n.º 26 revisado, propuesto por Austria, Costa Rica, España, Estados Unidos, Italia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido y Suiza; *ibid.*, vol. II, pág. 66.

¹⁷² Véase Países Bajos (*ibid.*, 15.ª sesión de la Comisión Plenaria, vol. I, párr. 3, pág. 125), que señalaron que si el Convenio se limitaba a regular la situación de los Estados que no condicionaban la extradición a la existencia de un tratado, los Estados que necesitaban un tratado de extradición no podrían extraditar a países con los que no hubieran suscrito un tratado incluso aunque desearan hacerlo; como consecuencia de ello, el Convenio «sería una especie de tratado de extradición»; Canadá (párrs. 13 y 14, págs. 126 y 127); Rumania (párr. 21, pág. 127); Reino Unido (párr. 25, pág. 128); y Grecia (párr. 30, pág. 129).

¹⁷³ Véase *ibid.*, Uganda (párr. 7, pág. 126 y párr. 36, pág. 129); Kenya (párr. 15, pág. 127); Túnez (párr. 18, pág. 127); Zambia (párr. 19, pág. 127); India (párr. 23, pág. 128); República Unida de Tanzania (párr. 28, pág. 128).

¹⁷⁴ Véase *ibid.*, vol. I, 11.ª sesión plenaria, propuesta de Zambia (párr. 9, pág. 188). La propuesta de compromiso, fue aprobada por votación nominal por 63 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones (párr. 37, pág. 191). Véase también la décima sesión plenaria (pág. 177).

¹⁷⁵ *Ibid.*, vol. II, SA Doc. n.º 28, propuesta por los Estados Unidos (pág. 69). Para el debate sobre esta propuesta, véase *ibid.*, vol. I, 13.ª sesión de la Comisión Plenaria (párrs. 29 a 38, págs. 112 y 113). La propuesta de enmienda fue retirada.

¹⁷⁶ SA Doc. n.º 33 Rev.2, propuesta de Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (*ibid.*, vol. II, pág. 82). Para el correspondiente debate, en el transcurso del cual se hizo referencia especialmente a la necesidad de preservar otras razones para rechazar la extradición, véase *ibid.*, vol. I, 15.ª sesión de la Comisión Plenaria (párrs. 10 a 34, págs. 126 a 129). La propuesta de enmienda fue rechazada.

¹⁷⁷ La enmienda de Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas mencionada en la nota precedente especificaba que ninguna

c) *Reservas*

107. No se ha formulado ninguna reserva que afecte a las disposiciones pertinentes del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves¹⁷⁸.

2. OTROS INSTRUMENTOS

a) *Disposiciones aplicables*

108. Los siguientes instrumentos, que se enumeran por orden cronológico, contienen una disposición que utiliza la denominada «fórmula de La Haya»: la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional, de la OEA; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo; la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares; la Convención internacional contra la toma de rehenes; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de la OCDE; el Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción; el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado; el Convenio Internacional para la represión de la financiación

de las partes estaba obligada a extraditar a sus nacionales, pero no contemplaba ninguna excepción para la concesión de asilo político (Polonia señaló que, «en respuesta al argumento de que el principio invadiría el derecho de los Estados a conceder asilo político, habíamos dicho que cualquier persona dedicada a actividades verdaderamente políticas difícilmente cometería el delito de secuestro» (15.ª sesión de la Comisión Plenaria, *ibíd.*, vol. I, párr. 12, pág. 126)). Véase también segunda sesión plenaria, Estados Unidos (párrs. 20 a 23, págs. 9 y 10) y Grecia (párrs. 24 y 25, pág. 10).

¹⁷⁸ Véase el sitio web de la OACI, www.icao.int.

del terrorismo; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos¹⁷⁹; el Convenio sobre la ciberdelincuencia; la Convención para prevenir y combatir la corrupción, de la UA; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear; el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado¹⁸⁰; la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y la Convención para la prevención contra el terrorismo, de la ASEAN.

109. La mayoría de los instrumentos anteriormente mencionados también contiene un mecanismo para sancionar a los delincuentes que parece basarse en el del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, cuyos elementos constitutivos son: *a)* la tipificación del delito correspondiente, que los Estados partes se comprometen a sancionar en sus legislaciones nacionales; *b)* una disposición en virtud de la cual los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito cuando tengan un vínculo particular con él, así como cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite; *c)* disposiciones relativas a las medidas para detener al delincuente y proceder a una investigación preliminar de los hechos; *d)* una disposición en virtud de la cual el Estado parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente estará obligado, si no concede su extradición, a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento; y *e)* disposiciones conforme a las cuales los Estados se comprometen, en determinadas condiciones, a considerar que el delito da lugar a extradición.

110. Si bien en la mayoría de los casos parece que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves ha servido de modelo para la redacción de las disposiciones correspondientes, muchas de estas convenciones han modificado la terminología original, lo cual, en ocasiones, ha afectado a la sustancia de las obligaciones contraídas por los Estados partes. Además, algunas convenciones han establecido un régimen diferente, y a veces más detallado, para los distintos elementos de dicho mecanismo. A continuación se indican las variaciones más significativas con respecto al mecanismo.

¹⁷⁹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁸⁰ Este Protocolo extiende la aplicación de la Convención (art. II, párr. 1) a «todas las operaciones de las Naciones Unidas establecidas por un órgano competente de la Organización de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y realizadas bajo la autoridad y el control de las Naciones Unidas con el fin de: *a)* prestar asistencia humanitaria, política o para el desarrollo en la consolidación de la paz; o *b)* prestar asistencia humanitaria de emergencia».

111. Todas las convenciones anteriormente mencionadas contienen disposiciones en virtud de las cuales los actos correspondientes son considerados infracciones penales y los Estados se comprometen a sancionarlos en sus legislaciones nacionales. Asimismo, la mayoría de estos instrumentos establece que las penas aplicables deben tener en cuenta el carácter grave del delito correspondiente¹⁸¹. Algunas convenciones excluyen explícitamente la posibilidad de que el delito correspondiente se justifique por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar¹⁸².

112. Casi todos los instrumentos anteriormente mencionados disponen que los Estados partes «tomará[n] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción» sobre el delito cuando tengan un vínculo especial con dicho delito (por ejemplo, cuando se haya cometido en su territorio o contra uno de sus nacionales)¹⁸³; esta base

¹⁸¹ Si bien algunos instrumentos (por ejemplo, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil) adoptan la misma fórmula que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves («establecer para el delito penas severas» (art. 2)), la mayoría de ellos ha seguido el modelo de la Convención internacional contra la toma de rehenes, según la cual se establecerán para los delitos «penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos» (art. 2) (por ejemplo, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo; y en términos similares, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; el Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas se refiere a la «extrema gravedad» del delito (sexto párrafo del preámbulo) que, cuando es generalizado o sistemático, constituye un crimen de lesa humanidad. La Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y el Convenio sobre la ciberdelincuencia se refieren a sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias». En virtud del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, los Estados Partes solamente están obligados a sancionar las infracciones con «penas adecuadas» (art. 15, párr. 2).

¹⁸² Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 5); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 6); y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 6). La Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional establece que los delitos correspondientes «se consideran delitos comunes de trascendencia internacional cualquiera que sea su móvil» (art. 2).

¹⁸³ Véanse el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 5, párr. 1); la Convención Internacional contra la toma de rehenes (art. 5, párr. 1); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 8, párr. 1); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 12, párr. 1); la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 9, párr. 1); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. IV, párr. 1); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 10, párr. 1);

obligatoria de la jurisdicción varía dependiendo de las características del delito de que se trate. Además, algunas convenciones indican que los Estados partes «también podrán» establecer su jurisdicción para conocer del delito en otros casos, con lo que se contempla la posibilidad de otros fundamentos voluntarios de la jurisdicción¹⁸⁴.

113. Una característica muy extendida es la obligación adicional, basada en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de que los Estados partes adopten todas las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extraditen¹⁸⁵. Hay distintas variantes de esta

la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. V, párr. 1); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. V, párr. 1); la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 4, párr. 1); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 6, párr. 1); el Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (art. 5, párr. 1); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 17, párr. 1); el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 16, párr. 1); el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 7, párr. 1); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 4, párr. 1); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15, párr. 1); la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 13); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 42, párr. 1); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 9, párr. 1); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 14, párr. 1); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. VII, párr. 1). La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas utiliza una expresión diferente que parece tener el mismo alcance («cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción» sobre los delitos de desaparición forzada» (art. 9, párr. 1). Si bien también impone dicha obligación a los Estados partes en determinados casos, el Convenio sobre la ciberdelincuencia establece que cada Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar o a aplicar únicamente en determinados casos o condiciones las normas aplicables a todos los casos, excepto el de un delito cometido en su territorio (art. 22, párrs. 1 y 2).

¹⁸⁴ Véanse la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 8, párr. 4); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 10, párr. 2); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. V, párr. 2); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. V, párr. 2); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 6, párr. 2); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 7, párr. 2); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 4, párr. 2); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15, párr. 2); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 42, párr. 2); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 14, párr. 2); y la Convención para la prevención del terrorismo (art. VII, párr. 2).

¹⁸⁵ Véanse el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 5, párr. 2) y el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. III); el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 6, párr. 1); la Convención Internacional contra la toma de rehenes (art. 5, párr. 2); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 8, párr. 2); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 12, párr. 2); la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 9, párr. 1); la Convención Interamericana sobre

disposición, que en algunos casos parecen ser puramente terminológicas¹⁸⁶ y en otros parecen afectar al contenido de la obligación¹⁸⁷. En particular, algunas convenciones

desaparición forzada de personas (art. IV, párr. 2); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 10, párr. 4); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. V, párr. 3); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. V, párr. 3); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 6, párr. 4); el Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (art. 5, párr. 2); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 7, párr. 4); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 4, párr. 3); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15, párr. 3); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 22, párr. 3); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 9, párr. 4); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 14, párr. 3); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 9, párr. 2); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. VII, párr. 3). Una excepción notable es la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo, que no establece un fundamento obligatorio de la jurisdicción cuando el presunto delincuente se encuentra en el territorio de un Estado contratante y no lo extradita, sino que establece únicamente que cada Estado contratante «podrá tomar todas las medidas que considere apropiadas de conformidad con su legislación nacional y a reserva de reciprocidad, para ejercer su jurisdicción» sobre los delitos de que se trate (art. V).

¹⁸⁶ Algunos instrumentos solamente omiten el término «asimismo» en la disposición (por ejemplo, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; y el Convenio sobre la ciberdelincuencia) o lo sustituyen por las palabras «además» o «también» (la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 12, párr. 2) y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 4, párr. 3)). Aunque tengan una redacción diferente, parece que las disposiciones aplicables de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. IV) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 12, párr. 2) establecen la misma obligación. Conforme a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 5, párr. 2) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 9, párr. 2), cada Estado Parte estará sujeto a dicha obligación cuando el presunto delincuente se halle «en cualquier territorio bajo su jurisdicción» (en los trabajos preparatorios de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se explicó que esta redacción podría abarcar los actos cometidos «a bordo de buques o aeronaves matriculados en el Estado de que se tratara así como en los territorios ocupados» (informe del Grupo de Trabajo (E/CN.4/L.1470), párr. 32). La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura utiliza la expresión «en el ámbito de su jurisdicción» (art. 12, párr. 2). El Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, el Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 17, párr. 3) y el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 22, párr. 3) especifican que este fundamento para la jurisdicción resulta aplicable cuando el Estado parte no extradita al presunto delincuente «previa solicitud de extradición» (parece que la correspondiente disposición del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves se incluyó también con la presunción de que se hubiera presentado dicha solicitud (véase la propuesta inicial de España con respecto a esta disposición en *Conferencia Internacional de Derecho Aéreo...* (nota 146 *supra*), vol. II, pág. 117)).

¹⁸⁷ Parece que el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 14, párr. 3) y el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 6, párr. 1) limitan el ámbito de la disposición en el sentido de que imponen dicha obligación solamente cuando el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente no lo extradite a una parte, respectivamente, «cuya jurisdicción se base

imponen dicha obligación de establecer la jurisdicción solamente cuando se deniega la extradición alegando que el delincuente es nacional del Estado afectado¹⁸⁸, mientras que otras combinan un régimen de jurisdicción obligatoria en algunos casos de denegación de la extradición (particularmente en caso de no extradición de los nacionales) y de jurisdicción voluntaria en otros¹⁸⁹. En una ocasión se contempla en este contexto la «tercera alternativa», al estipularse que se aplicará este fundamento de la jurisdicción universal salvo que el Estado «lo extradite o lo entregue [al presunto delincuente] a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido*»¹⁹⁰. Además, algunas convenciones contienen una disposición que insta a los Estados partes a coordinar sus medidas cuando más de uno reclame la jurisdicción sobre los delitos de que se trate¹⁹¹.

114. Casi todos los instrumentos señalados aclaran además, de forma similar a como lo hace el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que no

en una regla de competencia que exista también en la legislación de la Parte requerida», o «cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido». Para determinados delitos, el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado impone a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción cuando el presunto autor esté presente en su territorio (sin que haya referencia alguna a la denegación de la extradición) (art. 16, párr. 1).

¹⁸⁸ Véanse la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. V, párr. 3); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. V, párr. 3); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 17, párr. 3); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 4, párr. 3); y el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 22, párr. 3).

¹⁸⁹ La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 4, párr. 2, apdo. *b*), impone la obligación de declararse competente al Estado que no extradite al presunto delincuente basándose en que el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de uno de sus buques o aeronaves o que ha sido cometido por un nacional suyo y establece que los Estados «podrá[n] [...] también» declararse competentes en otros casos de denegación de la extradición. En los trabajos preparatorios, se observó que la Convención no pretendía crear una jurisdicción universal para los delitos de que se trataba (véase el informe del grupo intergubernamental de expertos abierto a la participación general, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (Viena, 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988), vol. I, pág. 11). La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contienen disposiciones aparte para el supuesto de que el Estado no extradite a la persona basándose en que es nacional suyo (en cuyo caso tiene la obligación de declararse competente) y para las demás situaciones de denegación de la extradición (en cuyo caso los Estados partes solamente tienen la opción de declararse competentes).

¹⁹⁰ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 9, párr. 2).

¹⁹¹ Véanse la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 4, párr. 3); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 7, párr. 5); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15, párr. 5); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 22, párr. 5); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 42, párr. 5); y el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 14, párr. 5).

excluyen ninguna jurisdicción penal ejercida conforme a la legislación nacional¹⁹².

115. La mayoría de las convenciones anteriormente indicadas contiene disposiciones relativas a la detención del delincuente a los efectos de su extradición o enjuiciamiento, la investigación preliminar de los hechos y otros mecanismos de cooperación en asuntos penales¹⁹³.

116. Si bien muchos instrumentos han seguido la formulación de la disposición contenida en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, en virtud de la cual si el Estado no procede a la extradición del presunto delincuente someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento¹⁹⁴, con el tiempo han ido apareciendo diferentes variantes. En algunos casos, las alteraciones en el modelo original parecen ser de índole puramente terminológica¹⁹⁵. En otras ocasiones, afectan al ámbito de la obligación, o bien aportan

¹⁹² Algunos instrumentos también salvaguardan cualquier norma aplicable de derecho internacional que pueda afectar al establecimiento de la jurisdicción: véase el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 16, párr. 2, apdo. a); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 7, párr. 6); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15, párr. 6); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 42, párr. 6).

¹⁹³ Estos mecanismos no se examinarán en detalle en el presente estudio.

¹⁹⁴ Solamente un instrumento parece haber adoptado la misma redacción que la del artículo 7 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, en concreto, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 7). Por otro lado, las convenciones aprobadas en el ámbito interamericano, si bien contienen disposiciones que parecen seguir sustancialmente el mismo régimen, parecen haberse formulado apartándose del modelo del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (véanse la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 14); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. VI); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII); y la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6)). Un caso peculiar es el del Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, que, aunque obliga a los Estados partes a establecer su jurisdicción sobre los delitos correspondientes en los casos en los que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extraditen a otra parte tras haber recibido una solicitud de extradición (véase más arriba), no contiene ninguna disposición que exija a los Estados partes que, si no lo extraditan, sometan el caso a sus autoridades competentes para su enjuiciamiento.

¹⁹⁵ Algunos instrumentos sustituyen las palabras «sea hallado» por «se encuentre» (por ejemplo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 7), el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 8, párr. 1), el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10, párr. 1), el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 11, párr. 1) o la Convención para la represión contra el terrorismo (art. XIII, párr. 1)); «se halle» (por ejemplo, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 10)); o «se comprobó la presencia» (por ejemplo, el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 17, párr. 1)). Otros instrumentos simplifican la expresión «deberá someter» sustituyéndola por «someterá» (por ejemplo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 7); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 10); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 5); y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 17, párr. 1)).

más detalles sobre el régimen aplicable. Las principales variantes son las siguientes:

a) Con carácter previo, cabe destacar que no todas las convenciones sitúan dicha disposición en la misma posición de la estructura general del tratado¹⁹⁶ y cuando las disposiciones correspondientes tienen título, éste varía¹⁹⁷;

b) Por lo que se refiere al Estado sujeto a la obligación, algunas convenciones establecen que la disposición se aplicará a los Estados «en el territorio de cuya jurisdicción» sea hallado el presunto delincuente¹⁹⁸;

c) Con respecto al elemento que hace surgir la obligación, todas las convenciones pertinentes se refieren a la hipótesis de que un Estado «no extradite» al presunto delincuente. Algunos instrumentos especifican que se requiere una solicitud de extradición previa¹⁹⁹, mientras que otros establecen que la obligación solamente es aplicable cuando se deniegue la extradición por razones concretas (en especial, por la nacionalidad del delincuente)²⁰⁰,

¹⁹⁶ La mayoría de los instrumentos sigue la misma estructura del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y sitúa el artículo que impone la obligación de juzgar en caso de que no se produzca la extradición antes del que trata de la extradición. Sin embargo, algunos adoptan el orden inverso (por ejemplo, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo; y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas). Otros instrumentos incluyen la alternativa del enjuiciamiento cuando no se conceda la extradición en un párrafo del artículo que trata de la extradición (por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII, párr. 6); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6); la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10, párr. 3); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 5); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 5, párr. 5); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 10); el Convenio sobre la cibercriminología (art. 24, párr. 6); la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 15, párr. 6); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 11); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. XIII, párr. 1)).

¹⁹⁷ Entre los títulos de esta disposición destacan los siguientes: «Enjuiciamiento de los presuntos culpables» (Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 14)), «Procesamiento» (Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 17)) y «Extradición o iniciación de actuaciones penales» (Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 18)). Además, tal y como se menciona en la nota anterior, la disposición a veces se incluye en un párrafo del artículo titulado «Extradición».

¹⁹⁸ Véanse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 7, párr. 1) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 11, párr. 1).

¹⁹⁹ Véanse el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 7); la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (art. IV); y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 5, párr. 5).

²⁰⁰ Véanse la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional (art. 5, que se aplica cuando «no proceda la extradición [...] porque la persona reclamada sea nacional [del Estado requerido] o medie algún otro

y en un caso también se hace referencia explícita a la oposición del Estado a entregar al presunto delincuente a un tribunal penal internacional (la denominada «tercera alternativa»)²⁰¹;

d) Por lo que se refiere al sometimiento del caso a las autoridades competentes, algunas convenciones exigen que se presente una solicitud a tal efecto por parte del Estado que pida la extradición²⁰². Si bien la condición de que dicho sometimiento se haga «sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio» se ha incluido en algunos instrumentos²⁰³, algunas veces se ha omitido, modificado

impedimento constitucional o legal); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII, párr. 6, que se aplica cuando la extradición «se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado parte requerido se considere competente» para conocer del delito; no obstante, el sometimiento del caso a las autoridades competentes para su enjuiciamiento está sujeto al consentimiento del Estado requerido, al que se deberá informar del resultado final del procedimiento); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6, que se aplica si la extradición «se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud»); la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10, párr. 3: la disposición se aplica a «[u]na Parte que declina una solicitud para extraditar a una persona por el cohecho de un servidor público extranjero exclusivamente porque esa persona sea su nacional»); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 5: la obligación es de aplicación cuando se deniegue la extradición «basándose únicamente en la nacionalidad de la persona reclamada, o porque la Parte requerida se considere competente para conocer de ese delito»); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 5, párr. 5: establece que se aplica la obligación si el «Estado requerido no la concede o no desea concederla [la extradición] en razón de la nacionalidad del autor del delito»); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 10: «si [el Estado Parte] no lo extradita [al presunto delincuente] respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales»); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 24, párr. 6, que se aplica «[c]uando se deniegue la extradición [...] únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito»); el sometimiento del caso a las autoridades competentes para su enjuiciamiento se realiza a petición de la Parte requerida, a la que se deberá informar del resultado final); la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 15, párr. 6: cuando el Estado parte se haya negado a extraditar a dicha persona basándose en que es competente para conocer de tales delitos); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 11: «por el solo hecho de ser [el presunto delincuente] uno de sus nacionales»). Un caso particular es el de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 9), que establece un régimen diferente para los casos de denegación de la extradición debido a que el delito se cometió en el territorio del Estado o a bordo de uno de sus buques o aeronaves o por otros motivos (véase el régimen aplicable al establecimiento de la jurisdicción en esta Convención, que se describe en la nota 189 *supra*).

²⁰¹ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 11, párr. 1).

²⁰² Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 10); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 24, párr. 6); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 11).

²⁰³ Véanse el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 7); la Convención Internacional contra la toma de rehenes (art. 8, párr. 1); y la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 12). Resulta interesante señalar que al emplear la expresión «sin excepción alguna», estos instrumentos incluyen en sus respectivos regímenes una condición que se adoptó inicialmente en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, con

o complementado con la condición adicional de que el sometimiento se haga «sin demora injustificada»²⁰⁴;

e) La mayoría de los instrumentos establecen, al igual que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que el sometimiento a las autoridades competentes se hará «a efectos de enjuiciamiento»²⁰⁵. Algunos instrumentos también mencionan las condiciones de que el sometimiento se realice «según el proce-

referencia a la resolución de la Asamblea General que condenaba el apoderamiento ilícito de aeronaves (véase la nota 168 *supra*).

²⁰⁴ En los trabajos preparatorios de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, la omisión de la frase «sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio» se justificó por el hecho de que resultaba superflua a la vista de la disposición anterior contenida en la misma Convención sobre jurisdicción extraterritorial (*Anuario... 1972*, vol. II, pág. 348, párr. 3 del comentario al artículo 6). En la misma Convención, la inclusión de la expresión «ni demora injustificada» se basaba en una idea que estaba presente en la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, destinada a asegurar que «el cumplimiento real de la obligación no se vea frustrado al permitir injustificadamente que pase el tiempo» y que «el presunto culpable no quede en prisión provisional más tiempo del que sea razonable y justo» (*ibíd.*).

La expresión «sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio» se omite, por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 7, párr. 1); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. VI); y la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6).

La expresión se mantiene, pero complementada con la condición de que el sometimiento se haga «sin dilación» o «sin demora indebida», en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 10, párr. 1); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 8, párr. 1); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10, párr. 1); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 11, párr. 1); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 18, párr. 1); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. XIII, párr. 1).

La expresión «con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio» se substituyó por «sin [...] demora injustificada» en la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 7); el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 7); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 10); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 14); y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 17, párr. 1).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 10), la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 15, párr. 6) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 11) solamente imponen la condición de que se actúe «sin demora injustificada». La Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (art. IV) utiliza la expresión «sin excepción y sin dilación».

²⁰⁵ Algunas convenciones son más específicas: la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 14) y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. VI) se refieren al sometimiento «para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional», mientras que la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6) se refiere al sometimiento «para su enjuiciamiento según los criterios, leyes y procedimientos aplicables por el Estado requerido a esos delitos cuando son cometidos en su territorio».

dimiento previsto en la legislación de ese Estado»²⁰⁶ o «como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción»²⁰⁷;

f) Con respecto al procedimiento instado contra el presunto delincuente, casi todos los instrumentos examinados contienen una disposición, similar a la del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, en virtud de la cual las autoridades competentes tomarán su decisión sobre si procede enjuiciar, o no, en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con su legislación nacional. Algunos instrumentos incluyen condiciones que se deberán respetar durante el procedimiento; por ejemplo, en lo relativo al nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento²⁰⁸, la cooperación entre los Estados en los aspectos procesales y probatorios²⁰⁹ o las garantías de un trato equitativo del presunto delincuente en todas las fases

²⁰⁶ El primer instrumento que incluye esta expresión es la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 7), que también omite la segunda frase del párrafo. Sin duda, estaba justificado por el hecho de que dicha expresión abarcaba «todos los efectos apetecidos» de la segunda frase, en concreto, aportar el necesario nivel de tolerancia a los funcionarios encargados de hacer que se proceda o no al enjuiciamiento (*Anuario... 1972*, vol. II, pág. 348, párr. 4 del comentario al artículo 6). No obstante, se ha de tener en cuenta que, con excepción del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (cuyo art. 17, párr. 1, utiliza una redacción ligeramente diferente, esto es, «para que la procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del derecho internacional», pero también omite la segunda frase), todos los instrumentos posteriores que contienen esta expresión incluyen asimismo la segunda frase: la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 8, párr. 1); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 10, párr. 1); la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 12); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 14); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 8, párr. 1); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10, párr. 1); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 11, párr. 1); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 18, párr. 1); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. XIII, párr. 1).

²⁰⁷ La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 14); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. VI); y la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6).

²⁰⁸ Véanse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 7, párr. 2) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 11, párr. 2). Esta disposición se incluyó en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes para calmar algunas de las preocupaciones expresadas por las delegaciones con respecto al ejercicio de la jurisdicción universal, en particular en relación con el riesgo de discrepancias sobre las normas que regulan las pruebas (véase el informe del Grupo de trabajo abierto a la participación de todos los miembros sobre un proyecto de convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/CN.4/1982/L.40, 5 de marzo de 1982, párr. 28).

²⁰⁹ La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 10, incluido en una propuesta de China en el cuarto período de sesiones del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/L.64, 8 de julio de 1999)) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 11) establecen que «[l]os Estados Partes interesados cooperarán entre sí, en particular en los aspectos procesales y probatorios, con miras a fomentar la efectividad del procesamiento» y que «[l]os Estados Partes interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos

del procedimiento»²¹⁰. Algunos instrumentos establecen condiciones generales para el enjuiciamiento de los delitos correspondientes (por ejemplo, la exclusión de la prescripción o el establecimiento de condiciones a la misma, la inadmisibilidad de la obediencia debida como defensa o la exclusión de los juicios en jurisdicciones especiales), que también se aplicarían si el enjuiciamiento se produjera conforme a la disposición que impone la obligación de juzgar, a menos que se conceda la extradición²¹¹;

g) Algunas convenciones indican que una extradición concedida con la condición de que la persona sea devuelta al Estado para la ejecución de la sentencia es suficiente para cumplir las obligaciones derivadas del instrumento correspondiente²¹²;

procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones», respectivamente.

²¹⁰ Véanse la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 8, párr. 2: esta disposición estaba incluida en una propuesta inicial de la República Federal de Alemania (A/AC.188/L.3, 22 de julio de 1977)); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 7, párr. 3); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 10, párr. 2); la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 11); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 17); el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 17, párr. 2, que también contiene una referencia a las garantías aplicables conforme al derecho internacional); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 13); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 14); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 12, también con una referencia a las normas del derecho internacional de derechos humanos); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 11, párr. 3). Véase también la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (art. 4, al que se hace referencia posteriormente en el artículo 5), en virtud de la cual «[t]oda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías judiciales del debido proceso».

²¹¹ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 3, párr. 8); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (arts. VII a IX); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 8).

²¹² Según estas convenciones, cuando un Estado parte pueda, conforme a su legislación nacional, extraditar o entregar a uno de sus nacionales solamente con la condición de que la persona sea devuelta a dicho Estado para cumplir la sentencia impuesta como resultado del juicio o procedimiento para el cual se solicitó la extradición o entrega de esa persona, y dicho Estado y el Estado que solicitó la extradición de esa persona estén de acuerdo con esta opción y otros términos que puedan considerar apropiados, dicha extradición o entrega condicionada será suficiente para satisfacer la obligación contemplada en el artículo. Véanse el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 8, párr. 2: la disposición se incluía en una propuesta del Canadá y China (A/AC.252/1997/WP.29) y, si bien no se pretendía que sustituyera a la obligación general de extraditar o juzgar, estaba destinada a permitir que los Estados cuyas legislaciones nacionales prohibieran la extradición de sus nacionales cumplieran las disposiciones del Convenio (resumen oficioso del debate celebrado en sesión plenaria y en el Grupo de Trabajo, preparado por el Relator, informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N.º 37 (A/52/37)*, anexo IV, párr. 78); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10, párr. 2); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 11); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 12); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo

h) Algunos instrumentos establecen que el enjuiciamiento conforme a esta disposición está sujeto a la posibilidad de que el Estado que solicita la extradición y el Estado requerido acuerden algo distinto²¹³;

i) Por último, algunas convenciones imponen al Estado requerido la obligación de comunicar el resultado final del procedimiento judicial al Estado requirente²¹⁴.

117. La mayoría de los instrumentos anteriormente mencionados contiene una disposición sobre la extradición que se basa en el modelo del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y consta de los mismos elementos constitutivos que el régimen de extradición contemplado en el mismo²¹⁵. Sin embargo, algunas convenciones adoptan un enfoque diferente, según el cual las distintas disposiciones sobre la extradición están dispersas a lo largo del texto del tratado²¹⁶. Las principales variantes del régimen de extradición son las siguientes²¹⁷:

nuclear (art. 11, párr. 2); y el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 18, párr. 2).

²¹³ La Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX, párr. 6); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 5), y la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 15, párr. 6). Véase también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 9), que condiciona el sometimiento a las autoridades competentes bien al acuerdo del Estado requirente (en los casos en los que se haya denegado la extradición basándose en que el delito se cometió en el territorio del Estado requerido o a bordo de uno de sus buques o aeronaves), o bien a su petición en sentido contrario para preservar su legítima jurisdicción (en otros casos).

²¹⁴ Véanse la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 14); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 5); y la Convención para prevenir y combatir la corrupción (art. 15, párr. 6).

²¹⁵ Véanse el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 8); la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 8); la Convención Internacional contra la toma de rehenes (art. 10); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art. 11); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 8); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 11); la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 15); la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (art. 15); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 9); el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 18); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 11); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 5, párrs. 1 a 4); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 24); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 13); el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 19); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 13).

²¹⁶ Véanse el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo y la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (que adopta una estructura similar a la del Convenio Europeo). Véanse también las demás convenciones regionales contra el terrorismo indicadas más adelante.

²¹⁷ Las referencias de las notas que aparecen a continuación se limitan a los instrumentos que contienen cambios sustanciales con respecto

a) Algunos instrumentos establecen que sus normas sobre extradición se aplican siempre y cuando el delito de que se trate se encuentre sancionado tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido²¹⁸;

b) La mayoría de las convenciones especifican, al igual que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que el delito correspondiente se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes y que éstos se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro;

c) De forma similar al Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, muchas convenciones contienen distintas disposiciones en virtud de las cuales: i) los Estados partes que condicionan la extradición a la existencia de un tratado, si reciben una solicitud de extradición, pueden considerar que la convención constituye la base jurídica para la extradición con respecto al delito²¹⁹; y ii) los Estados partes que condicionen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el delito como uno de los que dan lugar a extradición entre ellos²²⁰. Las convenciones pertinentes especifican además, al igual

al régimen contemplado en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

²¹⁸ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 1); el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 24, párr. 1); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 1; véase, no obstante el párrafo 2, que estipula que los Estados también podrán conceder la extradición cuando el delito no sea punible con arreglo a su propio derecho interno). Véase, sin embargo, la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10, párr. 4), conforme a la cual la condición de la doble incriminación «deberá considerarse cumplida» a los efectos de la extradición para el delito correspondiente.

²¹⁹ La palabra «discrecionalmente» contenida en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves en ocasiones se omite (por ejemplo, en la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 8, párr. 2); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 8, párr. 2); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 13, párr. 2); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. V); la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII); la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX); la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10, párr. 2); el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 2); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 5, párr. 2); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 4)). Conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 5) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 6), los Estados, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la Convención o de adhesión a ella, informarán al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados partes en la Convención, y, si no es así, cuando proceda, procurarán celebrar tratados de extradición con otros Estados partes en la Convención a fin de aplicar la disposición sobre la extradición.

²²⁰ La Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10) y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. XIII) no se refieren a esta hipótesis.

que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que estas disposiciones siguen estando sujetas a las condiciones contempladas en la legislación del Estado requerido²²¹;

d) La mayoría de los instrumentos también establece, al igual que el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que, a los fines de la extradición, se considerará que el delito de que se trate se ha cometido no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el convenio correspondiente²²²;

e) Algunas convenciones establecen que, a los efectos de la extradición, los delitos de que se trate no serán considerados como delitos políticos²²³, mientras que otras además añaden que, en consecuencia, no podrá rechazarse una solicitud de extradición por la única razón de que se refiere a un delito político, un delito relacionado con un delito político o un delito inspirado en motivos

políticos²²⁴. Conforme a determinados instrumentos, los Estados partes no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias²²⁵. Otras convenciones especifican que sus disposiciones no se interpretarán en el sentido de menoscabar el derecho de asilo²²⁶;

f) Ciertas convenciones establecen que no se admitirá la solicitud de extradición en determinadas circunstancias, entre las que se incluyen las siguientes: i) si el Estado parte requerido tiene serios motivos para creer que la solicitud se ha presentado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por razones discriminatorias o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por esa razón²²⁷; ii) cuando hay motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura²²⁸; iii) si la parte requerida tiene motivos fundados para creer que la posición de la persona puede verse perjudicada porque no pueda efectuarse la comunicación con las autoridades competentes del Estado que esté facultado para ejercer los derechos de protección²²⁹; o iv) si el Estado requerido

²²¹ En ocasiones se hace referencia en particular a las disposiciones procesales de la legislación nacional (por ejemplo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos). En algunas convenciones se hace referencia a la legislación nacional en un párrafo aparte (por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 5); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. V); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 7); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 13, párr. 6)). La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 5), la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII), la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX), el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (art. 27, párr. 4) y el Convenio sobre la ciberdelincuencia (art. 24, párr. 5) establecen que la extradición estará sujeta a las condiciones contempladas en la legislación del Estado requerido o «en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que el Estado requerido puede denegar la extradición» (véase también la Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 10, párr. 4)). La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 7), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 8) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 13, párr. 6) establecen que la extradición estará «sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición» o que estará «sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición».

²²² Esta disposición no se incluye en algunos instrumentos que adoptan el modelo del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. XIII) y la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (art. XIX)).

²²³ Véanse el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (arts. 1 y 2); la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (arts. I y II); la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 3, párr. 10); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. V); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 4); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 13, párr. 1).

²²⁴ Véanse el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 11); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 14); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 15); y el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 20, párr. 1).

²²⁵ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 15); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 16); y la Convención para la prevención contra el terrorismo (art. XIV). Véase también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 3, párr. 10).

²²⁶ Véanse la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (art. 6); la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 15); y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 15).

²²⁷ Véanse el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 5: esta cláusula se justificó por la necesidad de cumplir los requisitos para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en el Convenio europeo de derechos humanos y tomaba como modelo el artículo 3, párr. 2, del Convenio europeo de extradición (véase el informe explicativo del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo)); la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 9, párr. 1, apdos. a y b); la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 6); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 12); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 15); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 14); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 15); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 16); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 13, párr. 7). En general, los posibles motivos de discriminación se indican explícitamente y varían dependiendo de la convención.

²²⁸ Véanse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 13, párr. 4, que también se refiere al supuesto de que la persona vaya a ser juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente).

²²⁹ Véase la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 9, párr. 1, apdo. b). Esta disposición se incluía en una propuesta de Jordania (A/AC.188/WG.II/CPR.9, presentada en el período de sesiones de 1979 del Comité *ad hoc* para la elaboración de una convención internacional contra la toma de rehenes) que estaba destinada a incorporar en la Convención salvaguardias para impedir los posibles abusos en el contexto del procedimiento de extradición. Se consideraba que el ejercicio de la protección jurídica y diplomática aseguraría un juicio justo y evitaría que se cometieran injusticias (véase la declaración del

considera que es injusto o no resulta conveniente entregar o devolver al delincuente fugitivo a causa del carácter trivial del caso, debido a que la solicitud de entrega o de devolución de dicho delincuente no se hubiera hecho de buena fe o no redundara en interés de la justicia, o por cualquier otra causa²³⁰. Otros instrumentos exigen que el Estado requerido, al examinar una solicitud de extradición, preste la debida atención a si los derechos del presunto delincuente (incluido el derecho a la comunicación con los representantes de su Estado de nacionalidad) pueden ser ejercidos en el Estado requirente²³¹;

g) Tres instrumentos imponen obligaciones adicionales que potencian la cooperación y la efectividad en el procedimiento de extradición. Según estas convenciones: i) los Estados partes, con sujeción a su legislación nacional, se esforzarán por agilizar los procedimientos correspondientes de extradición y simplificar los requisitos probatorios al respecto²³²; ii) antes de denegar la extradición, la parte requerida, cuando proceda, consultará al Estado parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato²³³; y iii) los Estados partes procurarán concertar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia²³⁴;

h) Algunas convenciones especifican que, con respecto a los delitos de que se trate, las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición aplicables entre los Estados partes quedan modificadas entre ellos en la medida en la que sean incompatibles con la convención²³⁵.

118. Mención aparte merecen determinados instrumentos regionales destinados a combatir crímenes de

Sr. Al-Khasawneh (Jordania) en el debate de la Sexta Comisión, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/34/SR.12), párrs. 19 a 24).

²³⁰ Véase la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (art. VII).

²³¹ Véase el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 11, párr. 6).

²³² Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 7); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 8); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 9).

²³³ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 16) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 17).

²³⁴ Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 6, párr. 11); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 16, párr. 17), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 44, párr. 18).

²³⁵ Véanse el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 3, que tuvo el efecto que se pretendía de modificar el artículo 3, párr. 1, del Convenio europeo de extradición (véase el informe explicativo del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo)); la Convención internacional contra la toma de rehenes (art. 9, párr. 2); la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (art. III, párr. 1); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 11, párr. 7); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 9); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 11); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 13, párr. 5); y el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 19, párr. 5).

trascendencia internacional, particularmente el terrorismo. En África, la Convención para la eliminación de la actividad de los mercenarios en África, de la OUA, utiliza una redacción similar a la del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y establece que «[c]ada Estado contratante adoptará las medidas necesarias para sancionar [...] a toda persona que sea hallada en su territorio y que hubiera cometido un delito [...] si no lo extradita al Estado contra el cual se ha cometido el delito» (art. 8). A continuación, dicha Convención señala que «[n]o se denegará ninguna solicitud de extradición a menos que el Estado requerido se comprometa a ejercer su jurisdicción con respecto al delincuente» de acuerdo con dicho artículo (art. 9, párr. 2) y que «[c]uando un nacional sea objeto de una solicitud de extradición, el Estado requerido deberá emprender acciones penales contra éste por el delito cometido en caso de que deniegue su extradición» (art. 9, párr. 3). La Convención de la OUA para prevenir y combatir el terrorismo, si bien adopta un mecanismo general para sancionar a los delincuentes similar al del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves²³⁶, parece que impone a los Estados partes la obligación de extraditar a todos los presuntos delincuentes cuya extradición sea solicitada por uno de los Estados partes. Sin embargo, esta obligación está sujeta a varias condiciones²³⁷ y está complementada con la disposición que establece que, si no extradita a la persona, el Estado está obligado a someter el caso a sus autoridades competentes²³⁸.

²³⁶ La Convención dispone que los Estados partes deben tipificar los delitos pertinentes «y castigarlos con penas adecuadas que sean proporcionales a su gravedad» (art. 2, apdo. a). Asimismo, dispone que los Estados partes «tendrán competencia» sobre los delitos correspondientes cuando tengan determinados vínculos especiales con éstos, y que también podrán establecer su competencia en otros casos (art. 6, párrs. 1 y 2). De forma similar al modelo establecido en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, cada Estado parte «también adoptará las medidas necesarias para ejercer competencia» respecto de los delitos «cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición a ningún otro Estado parte que haya establecido su competencia con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 o 2» (art. 6, párr. 4). Conforme al artículo 9, los delitos correspondientes se incluirán como delitos que dan lugar a extradición en los tratados de extradición entre los Estados partes.

²³⁷ Según el artículo 8 de la Convención, la obligación de extraditar está sujeta a las siguientes condiciones: a) se aplica «de conformidad con las normas y condiciones previstas en la presente Convención, o en virtud de acuerdos de extradición celebrados por los Estados partes, y al amparo de sus legislaciones nacionales» (art. 8, párr. 1); b) en el momento de depositar su instrumento de ratificación o adhesión, todo Estado parte podrá comunicar al Secretario General de la OUA los motivos por los que no se puede conceder la extradición, así como las disposiciones de su legislación nacional o de los convenios internacionales en los que sea parte que excluyan la extradición en ese caso (art. 8, párr. 2); y c) la extradición no se concederá si una autoridad competente del Estado requerido ha dictado sentencia firme en relación con la persona en cuestión por el acto o los actos terroristas por los que se solicita la extradición, y también podrá denegarse si la autoridad competente del Estado requerido ha decidido no iniciar o interrumpir las actuaciones judiciales relativas a ese acto o esos actos (art. 8, párr. 3). Además, la Convención contiene varias disposiciones que detallan los elementos necesarios de la solicitud de extradición (art. 11) y el procedimiento que se debe seguir en los casos en los que se presente dicha solicitud (arts. 12 y 13).

²³⁸ La disposición está incluida como párrafo final del artículo sobre la extradición (art. 8, párr. 4) y establece que «[e]l Estado parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente estará obligado, se trate o no de un delito cometido en su territorio, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que extradite a la persona».

119. Los instrumentos aprobados en el mundo árabe y en el contexto de la Organización de la Conferencia Islámica parecen seguir un modelo muy diferente. Conforme a sus disposiciones, los Estados contratantes «se comprometen a extraditar» a las personas acusadas o condenadas por delitos terroristas en un Estado contratante cuya extradición sea solicitada por dicho Estado de acuerdo con las disposiciones de la convención de que se trate. Sin embargo, esas convenciones establecen una lista de circunstancias en las que «no se permitirá» la extradición, incluida una disposición en virtud de la cual si el ordenamiento jurídico del Estado requerido no le permite extraditar a sus nacionales, éste enjuiciará a las personas que cometan en cualquiera de los demás Estados contratantes un delito terrorista que esté sancionado en ambos Estados con pena de privación de libertad de al menos un año²³⁹.

b) Reservas

120. Varios Estados han formulado reservas o declaraciones interpretativas con respecto a los instrumentos mencionados, que algunas veces afectan a los efectos jurídicos de las disposiciones relativas a la sanción de los delincuentes.

121. Algunas reservas o declaraciones especifican, en términos generales, el ámbito de las disposiciones correspondientes. En este sentido, por ejemplo, se ha declarado que las disposiciones relativas a la sanción de los delincuentes en una determinada convención no debe interpretarse de tal forma que dichos delincuentes no sean juzgados ni enjuiciados, que la asistencia judicial recíproca y la extradición son dos conceptos diferentes y que las condiciones para denegar una solicitud de extradición no deben ser válidas para la asistencia judicial recíproca²⁴⁰. De forma similar, en determinados instrumentos se han formulado declaraciones relativas a la aplicación de la disposición que exige que los Estados que no procedan a la extradición sometan el caso para su enjuiciamiento, en el sentido de que cualquier persona que cometa el delito pertinente debe ser juzgada o extraditada sin excepción alguna²⁴¹. Además, varios Estados han señalado que la expresión «presunto delincuente», que se utiliza en algunas convenciones, entra en contradicción con la presunción de inocencia, considerada un principio fundamental en el derecho penal nacional, por lo que han afirmado que estos términos deberían interpretarse en el sentido de que se referían al «acusado»²⁴². También se ha

aclarado que debe considerarse que la condición «según el procedimiento previsto en la legislación del Estado» se refiere a la disposición sobre la extradición y el enjuiciamiento en su conjunto²⁴³.

122. Se han formulado reservas en las que se señalaba que debería entenderse que las disposiciones que obligan a los Estados partes que no procedan a la extradición a someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de enjuiciamiento incluían el derecho de las autoridades competentes a decidir no someter determinados casos a enjuiciamiento ante las autoridades judiciales si al presunto delincuente le fueran de aplicación las leyes sobre seguridad nacional y prisión provisional²⁴⁴. Dichas reservas fueron objetadas por ser «generales e indefinidas» y, por tanto, contrarias al objeto y el fin de las convenciones correspondientes, puesto que hacían imposible identificar de qué manera el gobierno que las formulaba pretendía modificar las obligaciones derivadas de dichos instrumentos²⁴⁵. Según otra reserva formulada a disposiciones de este tipo, algunos Estados han aceptado la obligación de juzgar, subordinándola a la condición de que hayan recibido y denegado una solicitud de extradición de otro Estado parte en la convención de que se trate²⁴⁶. Conforme a otra reserva, se entiende que la cláusula correspondiente incluye el derecho de las autoridades judiciales competentes a decidir no enjuiciar a una persona si, en su opinión, existen serias consideraciones de derecho procesal que indican la imposibilidad de un enjuiciamiento efectivo²⁴⁷.

123. Varias reservas o declaraciones se refieren a las limitaciones a la concesión de la extradición conforme a la legislación interna del Estado. Algunas de estas reservas aclaran, en términos generales, que las convenciones de que se trate se aplicarán, en los asuntos relativos a la extradición, conforme a las modalidades y los procedimientos establecidos en la legislación nacional del

sonas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (ibíd., cap. XVIII.7).

²⁴³ Reserva de Italia con respecto a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1653, n.º A-24631, pág. 501).

²⁴⁴ Declaraciones de Malasia (párr. 3) y Singapur con respecto a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.7), y el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9).

²⁴⁵ Objeciones de Alemania y los Países Bajos a la declaración de Malasia (párr. 3) a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (ibíd., cap. XVIII.7), y al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9).

²⁴⁶ Declaración de los Países Bajos a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (ibíd., cap. XVIII.7); y reservas de los Países Bajos a la Convención internacional contra la toma de rehenes (ibíd., cap. XVIII.5) y a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1653, n.º A-24631, pág. 502).

²⁴⁷ Declaraciones de los Países Bajos a la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.8); el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9), y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11).

²³⁹ Véanse la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, arts. 5 y 6; el Convenio de la Organización de la Conferencia Islámica para la Lucha contra el Terrorismo Internacional, arts. 5 y 6; el Convenio del Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo sobre la Lucha contra el Terrorismo, arts. 19 y 20.

²⁴⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1^{er} avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, cap. XVIII.9, reserva de Turquía al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Véanse, en un sentido similar, las declaraciones de Montenegro, Serbia y Alemania con respecto a la Convención internacional contra la toma de rehenes (ibíd., cap. XVIII.5).

²⁴¹ Declaración de Israel con respecto a la Convención internacional contra la toma de rehenes (haciendo referencia también a las disposiciones correspondientes de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales) (ibíd., cap. XVIII.5).

²⁴² Reserva de Colombia y declaración de Malasia con respecto a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra per-

Estado requerido²⁴⁸. Sin embargo, en muchas ocasiones las reservas son más precisas. Algunos Estados han indicado que denegarán la extradición de sus nacionales²⁴⁹; en algunas ocasiones, estas reservas aclaran además que los nacionales serán juzgados y sentenciados conforme a las leyes nacionales²⁵⁰. Según otras reservas, las solicitudes de extradición serán denegadas cuando se refieran a personas a las que se hubiera otorgado el asilo político²⁵¹, o a personas acusadas de delitos políticos o por sus opiniones²⁵². En este sentido, algunas reservas tienen como finalidad excluir la aplicación de las disposiciones de una convención que señalan que no se puede denegar una solicitud de extradición por la única razón de que se refiera a un delito político, a un delito relacionado con un delito político o a un delito inspirado por motivos políticos²⁵³; estas reservas han recibido objeciones

²⁴⁸ Reserva de México al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1823, n.º A-29004, pág. 389); reserva del Pakistán al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.11); y declaración de El Salvador al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2260, n.º A-27531, pág. 161).

²⁴⁹ Véanse la reserva de Colombia a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (retirada el 1.º de marzo de 2002) (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.7, y esp. nota 14); la declaración de Francia a la Convención Internacional contra la toma de rehenes (ibíd., cap. XVIII.5); la reserva de Mozambique al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y la declaración al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9); la reserva de Bélgica y la declaración y reserva de la República de Moldova a la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (ibíd., cap. XVIII.6); y la reserva de Myanmar al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11). Una declaración diferente relativa a los nacionales fue formulada por Portugal al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, en virtud de la cual declaraba que la extradición de sus nacionales estaría autorizada únicamente: a) en el caso del terrorismo y la delincuencia organizada; y b) a los efectos del procedimiento penal y, siendo así, con sujeción a una garantía dada por el Estado que solicite la extradición en el sentido de que la persona en cuestión será entregada a Portugal para cumplir la pena o la medida que se le imponga, a menos que dicha persona no dé su consentimiento al respecto mediante una declaración expresa (ibíd., cap. XVIII.9).

²⁵⁰ Véanse la reserva de Colombia a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (retirada el 1.º de marzo de 2002) (ibíd., cap. XVIII.7, y esp. nota 14); la reserva de Mozambique al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y la declaración al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9); y la reserva de la República Bolivariana de Venezuela a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ibíd., cap. XVIII.14).

²⁵¹ Reserva y declaración de la República de Moldova a la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (ibíd., cap. XVIII.6), y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ibíd., cap. XVIII.12). Véase también la reserva de Francia al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1497, n.º A-17828, pág. 424).

²⁵² Véase la reserva de Colombia a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (retirada el 1.º de marzo de 2002) (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.7, y esp. nota 14).

²⁵³ Reserva de la República Popular Democrática de Corea al Convenio Internacional para la represión de la financiación del

basándose en que serían incompatibles con el objeto y el fin del instrumento correspondiente, puesto que pretenden excluir la aplicación de disposiciones fundamentales del mismo²⁵⁴. Algunos Estados también han declarado que las disposiciones que establecen que las convenciones no deben interpretarse en el sentido de que imponen la obligación de extraditar (si el Estado parte requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos discriminatorios o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos) han de aplicarse de tal forma que se asegure que la exigencia de responsabilidad por dichos delitos es inevitable²⁵⁵. En otros casos la reserva excluye la entrega del sospechoso en el supuesto de que el delito que se le imputa suponga la pena de muerte en el Estado requirente²⁵⁶. Asimismo, algunas reservas se formulan con el fin de que la extradición quede restringida a los delitos que, conforme a la legislación nacional del Estado requerido, sean sancionados con una pena más severa que el mínimo señalado, o que esté sujeta al cumplimiento de otras condiciones establecidas en la legislación nacional²⁵⁷. Según otra reserva, la entrega de una persona sólo puede basarse en que existan «serias sospechas» de que cometió los

terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11); y reserva y declaración de Dinamarca al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2494, n.º A-44655, pág. 276).

²⁵⁴ Objeciones de la República Federal de Alemania, la Argentina y la República de Moldova a la reserva de la República Popular Democrática de Corea al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.11, nota 16).

²⁵⁵ Reservas y declaraciones de Belarús y Ucrania, y declaración de Bulgaria a la Convención Internacional contra la toma de rehenes (ibíd., cap. XVIII.5); declaraciones de la República de Moldova y la Federación de Rusia con respecto al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9); declaraciones de la Federación de Rusia en relación con el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11); declaraciones de la Federación de Rusia y Uzbekistán con respecto al Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (ibíd., cap. XVIII.15); y declaración de la Federación de Rusia con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ibíd., cap. XVIII.12).

²⁵⁶ Declaración de Francia a la Convención Internacional contra la toma de rehenes («con respecto a los extranjeros, no se concederá la extradición si el delito está sancionado con la pena de muerte por la legislación del Estado requirente, a menos que dicho Estado dé garantías consideradas como suficientes de que no se impondrá la pena de muerte o, si se impusiera dicha pena, de que no se aplicará») (ibíd., cap. XVIII.5); y reserva de Portugal al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1931, n.º A-29004, pág. 456). Véanse también la reserva de Portugal al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (ibíd., vol. 1338, n.º A-17828, pág. 355) (que establece que Portugal no concederá la extradición cuando los delitos estén castigados en el Estado requirente con la pena de muerte o con penas o medidas de seguridad privativas de la libertad con carácter perpetuo) y las objeciones formuladas a la misma por Bélgica y Alemania.

²⁵⁷ Reservas de Finlandia y Tailandia a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.7). Véase también la declaración de Panamá con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ibíd., cap. XVIII.12) (en virtud de la cual Panamá no estará obligada a efectuar extradiciones cuando el supuesto que haya originado la solicitud no sea delito conforme a la legislación de Panamá).

delitos de los que se le acusa y dependerá de la decisión de un tribunal²⁵⁸.

124. Una reserva formulada por Bélgica a algunas de las convenciones mencionadas, en virtud de la cual, en circunstancias excepcionales, se reservaba el derecho a denegar la extradición o la asistencia judicial recíproca con respecto a cualquier delito pertinente que considerara como delito político, delito conexo a un delito político o delito inspirado en motivos políticos²⁵⁹, ha resultado ser

²⁵⁸ Reserva de Portugal al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2494, n.º A-44655, pág. 456).

²⁵⁹ Reserva de Bélgica al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (*Traités multilatéraux...* (nota 240 *supra*), cap. XVIII.9, esp. nota 1) y al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11, esp. nota 1). Estas reservas aclaran además que en los casos en los que se aplica la reserva Bélgica sigue estando vinculada por el principio jurídico general de juzgar o extraditar, conforme a las normas que regulan la competencia de sus órganos. Cabe recordar que estos instrumentos establecen que la extradición no puede rechazarse por la única razón de que se refiera a un delito político, un delito conexo a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos (véase la nota 224 *supra*). Véase también la reserva similar de Bélgica a la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (ibíd., cap. XVIII.6) (en virtud de la cual ninguna disposición de dicha Convención debía interpretarse en el sentido de obligar a

especialmente polémica. Se formularon objeciones a la reserva en las que se señalaba que ésta pretendía limitar el ámbito de aplicación de una disposición esencial que debería aplicarse en todas las circunstancias y, al referirse a criterios subjetivos, introducía incertidumbre en las relaciones convencionales, por lo que era incompatible con el objeto y el fin de las convenciones correspondientes²⁶⁰. A la vista de estas críticas, Bélgica retiró su reserva con respecto a dichas convenciones²⁶¹.

conceder la extradición si el Estado parte requerido tiene motivos para creer que la solicitud de extradición basada en los delitos contemplados en la Convención se ha presentado con el fin de enjuiciar o sancionar a una determinada persona por motivos de origen étnico, religión, nacionalidad u opiniones políticas o si la concesión de la solicitud perjudicara la situación de dicha persona por cualquiera de esos motivos), que no dio lugar a ninguna objeción.

²⁶⁰ Objeciones de Alemania, España, los Estados Unidos y el Reino Unido a la reserva de Bélgica al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9); y objeciones de Alemania, la Argentina, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, los Países Bajos y el Reino Unido a la reserva de Bélgica al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11).

²⁶¹ Véase la retirada de la reserva de Bélgica al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9, nota 1) y al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (28 de enero de 2008) (ibíd., cap. XVIII.11, nota 1).

CAPÍTULO II

Conclusiones

125. En el presente capítulo se realiza una recapitulación de las diferentes variantes de cláusulas que pueden tener relevancia para el estudio del tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», tal y como se encuentran en los distintos instrumentos examinados en este estudio, siguiendo tres criterios temáticos: *a*) la relación entre la extradición y el enjuiciamiento derivada de la cláusula (que pone de manifiesto la estructura general y la lógica de dicha cláusula); *b*) las condiciones aplicables a la extradición; y *c*) las condiciones aplicables al enjuiciamiento. Posteriormente se ofrecen algunas conclusiones generales derivadas del examen de la labor previa de la Comisión sobre temas conexos y la práctica convencional con respecto a la obligación de extraditar o juzgar.

A. Relación entre extradición y enjuiciamiento en las cláusulas correspondientes

126. La característica común fundamental de las cláusulas mencionadas anteriormente reside en que imponen a los Estados la obligación de asegurar el enjuiciamiento del delincuente, bien extraditándolo a un Estado que ejercerá la jurisdicción penal o permitiendo que sus propias autoridades judiciales lo juzguen. Sin embargo, la relación entre estas dos vías de acción alternativas (extraditar o juzgar) no es idéntica en todas las cláusulas examinadas. Desde este punto de vista, las disposiciones pertinentes contenidas en las convenciones multilaterales pueden clasificarse en dos categorías principales: *a*) las cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto

delincuente se halle en el territorio del Estado, de la que éste puede liberarse concediendo la extradición; y *b*) las cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición.

1. CLÁUSULAS QUE IMPONEN LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR *IPSO FACTO*, CON LA POSIBLE ALTERNATIVA DE LA EXTRADICIÓN

127. La primera categoría incluye todas las cláusulas que imponen a los Estados partes la obligación de juzgar a cualquier persona que se halle en su territorio y que presuntamente haya cometido un determinado delito. Puede decirse que esta obligación de juzgar existe *ipso facto* en el sentido de que surge tan pronto como se determina la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado de que se trate²⁶², con independencia de cualquier

²⁶² Sobre la necesidad de que el acusado se halle en el territorio del Estado de que se trate como condición previa del establecimiento de la jurisdicción universal, véase la opinión separada de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal adjunta al fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica): «Los grandes tratados sobre delitos en el ámbito aéreo, secuestros [de aeronaves], estupefacientes y tortura se basan en el concepto de *aut dedere aut prosequi*. Por definición, esto implica la presencia en el territorio. No puede existir la obligación de extraditar a alguien a quien se decide no juzgar a menos que dicha persona esté al alcance. La legislación nacional, promulgada para dar efecto a estos tratados, también puede mencionar naturalmente la necesidad de la presencia del acusado. Estas evidencias razonables son esenciales para el ejercicio obligatorio de la competencia *aut dedere aut prosequi*» (fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 80, párr. 57; véase también la opinión separada del Presidente Guillaume, ibíd., págs. 39 y 40, párr. 9; véase

solicitud de extradición. Solamente cuando dicha solicitud se efectúa, el Estado tiene ante sí una vía de acción alternativa, que es entregar al presunto delincuente a otro Estado para su enjuiciamiento. En otras palabras, en ausencia de solicitud de extradición, la obligación de juzgar es absoluta, pero una vez que se ha presentado la solicitud, el Estado en cuestión puede elegir con carácter discrecional entre la extradición y el enjuiciamiento.

128. El ejemplo más nítido de esta primera categoría de cláusulas puede encontrarse en el correspondiente artículo común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, que establece que cada Estado parte «deberá hacer comparecer» ante sus propios tribunales a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, alguna infracción grave de dichos Convenios, sea cual fuere su nacionalidad²⁶³, pero «podrá también, si lo prefiere» entregar a dichas personas para que sean juzgadas por otro Estado parte interesado. Si bien parece que esta disposición otorga cierta prioridad al enjuiciamiento por parte del Estado de detención, también reconoce que este Estado puede optar con carácter discrecional por la extradición²⁶⁴, siempre y cuando el Estado requirente haya formulado cargos suficientes²⁶⁵.

129. El artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1996, parece responder a la misma lógica. Según este artículo, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido determinados crímenes contemplados en el proyecto de código «concederá la extradición de esa persona o la juzgará». Si bien la redacción del artículo parece situar las dos vías de acción alternativas al mismo nivel, en el comentario se aclara que la obligación de juzgar surge

asimismo, *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221). Véase también Guillaume, *loc. cit.*, págs. 368 y 369. Para la opinión de que no se requiere la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado a efectos de enjuiciamiento en virtud de la disposición correspondiente de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, véase Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, pág. 354.

²⁶³ Aunque el texto de la disposición no es inequívoco en este sentido, el comentario de los Convenios de Ginebra explica que la obligación de buscar al presunto delincuente (que, tal como se indica a continuación, constituye un preámbulo del enjuiciamiento) surge tan pronto como una Parte contratante se da cuenta de que en su territorio hay una persona que ha cometido dicha infracción (Pictet, *op. cit.*, pág. 593).

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, Costello, «International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», pág. 486; Bassiouni y Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, pág. 15; Maierhöfer, «*Aut dedere—aut iudicare*». *Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, págs. 349 y 350; Mitchell, *Aut Dedere Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, págs. 75 y 76. Con respecto a autores que subrayan la prioridad atribuida al enjuiciamiento en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, véase Condorelli, «Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977», págs. 35 y 36; y Henzelin, *op. cit.*, pág. 353 (que califica el modelo de los Convenios de Ginebra como *primo prosequi secundo dedere*).

²⁶⁵ Cabe destacar que el artículo 88, párr. 2, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) estipula que los Estados partes «tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada», apuntando a la idea de que sería preferible el enjuiciamiento en este último Estado.

independientemente de cualquier solicitud de extradición. El comentario especifica que el Estado de detención tiene la obligación «de adoptar medidas para asegurar que esa persona sea juzgada por las autoridades nacionales de ese Estado o por otro Estado que indique que está dispuesto a juzgar el caso al solicitar la extradición»²⁶⁶. Según el comentario, el artículo 9 «no da prioridad a ninguna de esas dos formas de actuar alternativas»²⁶⁷ y el Estado requerido no está obligado a acceder a la solicitud de extradición si prefiere confiar a sus propias autoridades el enjuiciamiento²⁶⁸.

130. Los términos de la disposición correspondiente contenida en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves parece ser ambigua en este aspecto: tal y como se ha indicado anteriormente, dispone que «[e]l Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento»²⁶⁹. Incluso cuando se interpreta en relación con el contexto y teniendo en cuenta los trabajos preparatorios del Convenio²⁷⁰, el texto de esta disposición no resuelve de forma inequívoca la cuestión de si la obligación de juzgar surge *ipso facto* o solamente una vez que se haya presentado una solicitud de extradición y ésta no se haya concedido. Asimismo, las opiniones de la doctrina sobre las disposiciones de este tipo no aportan una solución definitiva a la cuestión²⁷¹. Sin embargo, la

²⁶⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34, párr. 3 del comentario al artículo 9. También es necesario hacer referencia al comentario al artículo 8 (en virtud del cual cada Estado parte «adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción» sobre los crímenes previstos en el proyecto de código, «sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores»); la Comisión observa al respecto que si no se estableciese dicha jurisdicción, «el Estado de detención se verá obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de la obligación —conceder la extradición o juzgar— en virtud del cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición» y «en tal situación el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado de detención no recibiese ninguna solicitud de extradición» (ibíd., pág. 31, párr. 6 del comentario al artículo 8).

²⁶⁷ Ibíd., pág. 35, párr. 6 del comentario al artículo 9.

²⁶⁸ Ibíd. En el comentario también se recuerda que en la Comisión se había propuesto dar prioridad a la solicitud del Estado territorial, pero el Comité de Redacción consideró que la cuestión no estaba aún madura para su codificación, en coherencia con el artículo 16 del Tratado modelo de extradición (resolución 45/116 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo).

²⁶⁹ Art. 7.

²⁷⁰ El artículo 4, párr. 2 (en virtud del cual «cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8») parece condicionar en ese caso el establecimiento de la jurisdicción a la denegación de la extradición. Tal y como se ha descrito en los párrafos 16 a 26 *supra*, en los trabajos preparatorios el Comité Jurídico había impuesto la obligación de juzgar al Estado de matrícula de la aeronave y al Estado de aterrizaje; si bien no estaban obligados a extraditar, se esperaba que otros Estados concedieran la extradición a dichos Estados o, como alternativa, juzgaran al presunto delincuente. El artículo 4, párr. 2, fue el resultado de una enmienda destinada únicamente a asegurar la efectividad del mecanismo en ausencia de extradición (véase la nota 160 *supra*). Por otro lado, los trabajos preparatorios aclaran que la finalidad general del Convenio era diseñar un mecanismo que evitara la impunidad de quienes habían cometido el delito correspondiente.

²⁷¹ Los autores están divididos o se muestran ambiguos sobre el alcance de esta obligación; véase, por ejemplo, Dinstein, «Criminal jurisdiction over aircraft hijacking», pág. 196 (observa que la obligación

(Continuación en la página siguiente.)

interpretación según la cual este tipo de disposiciones²⁷² impone la obligación de juzgar con independencia de cualquier solicitud de extradición puede encontrar apoyo hoy en día en la jurisprudencia del Comité contra la Tortura. En una decisión relativa a una disposición similar contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (art. 7, párr. 1)²⁷³, el Comité concluyó que:

la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo. Esta alternativa que se ofrece al Estado parte en virtud del

(Continuación de la nota 271.)

de juzgar surge en el caso de que no se produzca la extradición); White, *loc. cit.*; Feller, «Comment on 'Criminal jurisdiction over aircraft hijacking'», pág. 207; Wood, «The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents», pág. 809 (según el cual la extradición debería ser el procedimiento normal, y la jurisdicción extraterritorial, que va más allá de lo que normalmente está permitido en el derecho internacional consuetudinario, se consideró aceptable en las negociaciones solamente como una jurisdicción secundaria, cuando por cualquier razón no se hubiera producido la extradición); Bigay, «Extrader ou punir», pág. 118 (observa la ambigüedad de la terminología y señala que la delegación de Francia en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo (La Haya, 1970) expuso que se requería la denegación de una solicitud de extradición previa); Wise, «The obligation to extradite or prosecute», pág. 272 (según el cual la obligación conforme a la fórmula de La Haya no depende de que se rechace una solicitud de extradición o una oferta de extradición); Bassiouni y Wise, *op. cit.*, pág. 18 (observan que, si bien en determinadas convenciones regionales sobre terrorismo la obligación de juzgar surge solamente cuando se ha denegado una solicitud de extradición, en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves es irrelevante que la extradición no haya sido solicitada por el Estado en el que se cometió el delito); Enache-Brown y Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», pág. 626; Henzelin, *op. cit.*, págs. 301, 303, 304 y 370 (que considera que el Estado en el que se encuentra el presunto delincuente está obligado a detenerlo, iniciar las investigaciones e informar a otros Estados interesados (conforme al artículo 6 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves); si no se solicitara la extradición, el Estado estaría obligado a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento); Plachta, «Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*», págs. 75 y 76 (afirma que el principio no subordina *judicare* a *dedere*); Kolb, «The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists», págs. 250 a 254; Maierhöfer, *op. cit.*, págs. 338 a 341; Mitchell, *op. cit.*, págs. 75 y 76; y Amnistía Internacional, «International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*)», págs. 8 y 9. Sobre esta cuestión, véase la intervención del representante de los Países Bajos en la Asamblea General durante los trabajos preparatorios de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, en la que comenta el rechazo de una enmienda propuesta por su delegación que hacía referencia expresa a una solicitud de extradición previa: «De todos modos, está claro ahora que un Estado parte, doquiera se encuentre un presunto culpable, se verá obligado a presentar el caso para su enjuiciamiento, aunque los Estados que tengan competencia primaria según los términos del artículo 3 decidan no solicitar la extradición. Deseo aclarar que consideramos que la lista de los Estados con jurisdicción primaria es expresión del deber de esos Estados, como regla general, de asumir la carga principal de la Convención. En otras palabras, los Estados principalmente interesados tienen, por lo menos, el deber moral de solicitar la extradición siempre que el presunto culpable se encuentre en un Estado donde, de acuerdo con las normas ordinarias de jurisdicción, no tendría participación en el delito» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo octavo período de sesiones, 2202.ª sesión plenaria (A/28/PV.2202)*, párr. 308).

²⁷² Conforme a lo descrito en la sección D *supra*.

²⁷³ Según esta disposición, «[e]l Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

artículo 7 de la Convención existe sólo si se ha formulado efectivamente dicha demanda de extradición, y puesto, por ende, al Estado parte en la situación de escoger entre a) proceder a esa extradición o b) someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, ya que la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad de todo acto de tortura²⁷⁴.

131. Se plantea la cuestión de si otras cláusulas formuladas en términos similares también deberían interpretarse de la misma manera. A la vista de la decisión del Comité contra la Tortura, puede alegarse que la fórmula en virtud de la cual el Estado en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a extraditarlo, someterá (o estará obligado a someter) el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento indica que la obligación de juzgar existe *ipso facto*. Sin embargo, hay que descartar esta interpretación al menos en los casos en los que la cláusula especifique expresamente que la obligación de juzgar está sujeta a la existencia de una solicitud de extradición previa²⁷⁵ o a otra solicitud presentada por el Estado que pide la extradición para que el Estado requerido juzgue a esa persona²⁷⁶; estas variantes de la fórmula pertenecen a la segunda categoría que se describe a continuación. Otras particularidades de la disposición también pueden tener relevancia a la hora de determinar cómo debe interpretarse la cláusula en este sentido. Así, por ejemplo, tal y como se ha indicado anteriormente, algunas convenciones sitúan dicha disposición en un párrafo del artículo relativo a la extradición²⁷⁷, otras establecen que la obligación solamente es aplicable cuando se deniega la extradición por razones específicas (especialmente por la nacionalidad del delincuente)²⁷⁸, y también hay instrumentos que sólo contemplan la obligación de que los Estados partes establezcan su jurisdicción sobre los delitos correspondientes (en los casos en los que un presunto delincuente se halle en su territorio y no lo extraditen a otra parte), pero no contienen ninguna cláusula que imponga a los Estados partes que no procedan a la extradición la obligación consiguiente de someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento²⁷⁹. Por tanto, no es posible responder a esta cuestión en términos generales y definitivos, y cualquier respuesta debe basarse más bien en un examen de la formulación exacta de la disposición, su contexto y los trabajos preparatorios en cada caso concreto.

2. CLÁUSULAS QUE IMPONEN LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR ÚNICAMENTE CUANDO SE HA SOLICITADO LA EXTRADICIÓN Y NO SE HA CONCEDIDO

132. La segunda categoría comprende aquellas disposiciones que imponen la obligación de juzgar en caso de

²⁷⁴ Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/61/44)*, párr. 9.7. Los autores de la queja, todos ellos nacionales chadianos supuestamente torturados por agentes del Estado del Chad bajo órdenes directas de Hissène Habré, alegaron, entre otras cosas, que el Senegal, al no juzgar ni extraditar al Sr. Habré, había infringido sus obligaciones derivadas del principio *aut dedere aut judicare* consagrado en el artículo 7 de la Convención (*ibíd.*, párrs. 3.8 a 3.10). Los autores de la queja refutaron en particular el argumento del Senegal según el cual sólo existiría una obligación de juzgar conforme al artículo 7 después de que se hubiera presentado y rechazado una solicitud de extradición (párr. 8.12).

²⁷⁵ Véase la nota 199 *supra*.

²⁷⁶ Véase la nota 202 *supra*.

²⁷⁷ Véase la nota 196 *supra*.

²⁷⁸ Véase la nota 200 *supra*.

²⁷⁹ Véase la nota 194 *supra*.

que se deniegue una solicitud de extradición. En virtud de las convenciones que pertenecen a esta categoría, los Estados partes (al menos los que carecen de un vínculo especial con el delito) no tienen la obligación general *ipso facto* de juzgar a los presuntos delincuentes que se hallen en su territorio. Dichos instrumentos reconocen la posibilidad de que el Estado que recibe una solicitud de extradición se niegue a entregar a la persona en cuestión, bien por motivos basados en su legislación nacional, bien por motivos contemplados expresamente en las propias convenciones. No obstante, si decide no conceder la extradición de esa persona, el Estado tendrá la obligación de juzgarla. En otras palabras, esos instrumentos parecen dar cierta prioridad a la opción de la extradición (más exactamente, al enjuiciamiento por determinados Estados, especialmente aquellos en que se cometió el delito, a los que el presunto delincuente debería ser normalmente entregado) y ofrecen como alternativa el enjuiciamiento, a modo de salvaguardia frente a la impunidad. Así pues, esas convenciones parecen seguir la dirección prevista originalmente por Grocio cuando hizo referencia al principio *aut dedere aut punire*²⁸⁰.

133. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, de 1929, y los instrumentos posteriores inspirados en él pertenecen a esta segunda categoría. Este convenio establece expresamente que, en el caso de los extranjeros que hayan cometido en el extranjero uno de los hechos previstos en el Convenio, «[l]a obligación de la persecución se subordinará a la condición de que la extradición haya sido solicitada y que el país requerido no pueda entregar al inculcado por una razón sin relación con el hecho»²⁸¹. La estructura general del mecanismo de castigo de los delincuentes establecido en esos instrumentos se basa precisamente en la idea de que el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito solicitará la extradición del delincuente huido a otro país y que la extradición debe, en principio, concederse. No obstante, tales instrumentos reconocen la posibilidad de que en algunos casos el Estado no pueda conceder la extradición (en especial cuando la persona sea un nacional de ese Estado o cuando se le haya concedido asilo) y establecen, como alternativa, la obligación de juzgar²⁸².

134. También han de incluirse en esta segunda categoría las convenciones multilaterales de extradición. Por su propia naturaleza, las normas sobre cooperación judicial que figuran en ellas se aplican tras la presentación de una solicitud de extradición. Dichas convenciones se basan en el compromiso general de los Estados partes de entregarse mutuamente todas aquellas personas perseguidas por las autoridades competentes de la parte requirente por la comisión de un delito o a fin de ejecutar una condena o una orden de detención. Sin embargo, la obligación de extraditar está sujeta a varias excepciones, en especial

cuando la persona cuya extradición se solicita sea nacional del Estado requerido. Esas convenciones establecen, como mecanismo para evitar la impunidad, la obligación alternativa de juzgar al delincuente cuando se deniegue su extradición por algún motivo, en particular por tratarse de un nacional del Estado requerido²⁸³.

135. Como ya se señaló, algunas de las convenciones descritas en la sección D *supra* también han de incluirse en esta categoría cuando la cláusula en cuestión deba interpretarse en el sentido de que condiciona la obligación de juzgar a la denegación de una solicitud de extradición²⁸⁴.

136. Cabe observar, no obstante, que las convenciones que pertenecen a esta categoría establecen mecanismos muy variados para el castigo de los delincuentes, que pueden afectar a la relación entre extradición y enjuiciamiento. Por ejemplo, las convenciones que tienen por objeto reprimir delitos internacionales específicos contienen, por lo general, disposiciones detalladas sobre el enjuiciamiento de tales delitos, mientras que las convenciones multilaterales de extradición regulan más bien el procedimiento de extradición y no incluyen disposiciones sobre la sustanciación del enjuiciamiento. Dentro de ese primer tipo de convenciones, las más antiguas (como el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda) contienen obligaciones muy limitadas en relación con el castigo de los delincuentes (que quedan sujetos al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, sin perjuicio de las limitaciones nacionales), mientras que las más recientes (en particular las descritas en la sección D *supra*) establecen regímenes más detallados, que pueden incluir la obligación de que ciertos Estados establezcan jurisdicción extraterritorial. Estas cuestiones se examinarán más adelante.

B. Condiciones aplicables a la extradición

137. Tres aspectos de la regulación de las condiciones aplicables a la extradición en las convenciones pertinentes merecen especial atención: la base jurídica para la extradición, la sujeción de la extradición a la legislación nacional del Estado requerido y la inclusión de otras normas relativas al procedimiento de extradición.

138. Las convenciones examinadas difieren en los mecanismos que establecen en relación con la base jurídica para la extradición por los delitos pertinentes. Las convenciones multilaterales de extradición²⁸⁵, así como algunas convenciones sobre delitos internacionales específicos²⁸⁶, imponen directamente a los Estados partes la obligación general de extraditar, con sujeción a determinadas condiciones. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra no abordan la cuestión de la base jurídica para la extradición, y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) únicamente insta a

²⁸⁰ *Del derecho de la guerra y de la paz*, t. III, págs. 159 a 164.

²⁸¹ Art. 9, segundo párrafo. Cabe señalar que en una versión preparatoria del Convenio se había propuesto que se persiguieran las infracciones cuando no se hubiera solicitado la extradición (Sociedad de las Naciones, Comité Mixto para la represión de la falsificación de moneda, Memorando y proyecto de convención preparado por el Sr. Pella (F.M.4, 23 de junio de 1927), parte IV). Como se señaló anteriormente, esta propuesta se modificó en las negociaciones posteriores del Convenio.

²⁸² Véase Henzelin, *op. cit.*, pág. 286 (que califica ese sistema de *primo dedere secundo prosequi*).

²⁸³ Véase la sección C *supra*. Véase también Bassiouni y Wise, *op. cit.*, págs. 11 y 12, y Maierhöfer, *op. cit.*, págs. 346 y 347.

²⁸⁴ Maierhöfer, *op. cit.*, pág. 344.

²⁸⁵ Véase la sección C *supra*.

²⁸⁶ Véase la Convención de la OUA para prevenir y combatir el terrorismo, mencionada en el párrafo 118 *supra*.

los Estados partes a cooperar en materia de extradición y deja intactas las obligaciones que emanan de otros tratados en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal (art. 88). Sin embargo, la mayoría de las convenciones examinadas establece un sistema con arreglo al cual la infracción en cuestión se considera incluida como delito que da lugar a extradición en cualquier tratado de extradición en vigor entre los Estados partes y éstos se comprometen a incluir la infracción como delito que da lugar a extradición en cualquier tratado de extradición que puedan celebrar entre ellos con posterioridad. Por lo general, dicho sistema se combina con disposiciones según las cuales los Estados partes que supeditan la extradición a la existencia de un tratado pueden considerar la convención en cuestión como base jurídica para la extradición, y los Estados partes que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado deben reconocer la infracción como delito que da lugar a extradición entre ellos²⁸⁷. En otras palabras, esas convenciones no contienen una obligación de extraditar²⁸⁸: operan por remisión a tratados de extradición, que son los que constituyen la base jurídica para la extradición, pero en determinadas circunstancias también pueden constituir por sí mismas esa base jurídica.

139. Además de las convenciones multilaterales de extradición (que por lo general indican las condiciones aplicables al procedimiento de extradición, incluidos los posibles motivos de denegación), casi todas las convenciones examinadas precisan que la extradición está sujeta a las condiciones establecidas en la legislación del Estado requerido²⁸⁹. Esto implica que el Estado requerido tiene derecho a denegar la extradición de una persona basándose en su legislación nacional. Tales motivos de denegación pueden estar relacionados con el delito (por ejemplo, si el delito ha prescrito, no está tipificado en el Estado requerido o lleva aparejada la pena de muerte en el Estado requirente) o no (por ejemplo, si se ha concedido asilo político a la persona o existen razones humanitarias para denegar la extradición).

140. La necesidad de salvaguardar las condiciones establecidas en las legislaciones nacionales fue, a menudo,

²⁸⁷ Disposiciones de esa índole figuran en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y en la mayoría de las convenciones que se basan en la «fórmula de La Haya», así como en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda y otros instrumentos que siguen el mismo modelo. No obstante, como se describe en las secciones A y D *supra*, la formulación precisa varía y en algunos casos faltan algunas de esas disposiciones (por ejemplo, el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, no contempla la posibilidad de que los Estados partes que supediten la extradición a la existencia de un tratado consideren el Convenio como la base jurídica para la extradición).

²⁸⁸ Véase el párrafo 99 *supra*. Véase también White, *loc. cit.*, págs. 43 y 44; Costello, *loc. cit.*, pág. 487; Guillaume, *loc. cit.*, págs. 356 y 357; y Benavides, «The universal jurisdiction principle: nature and scope», pág. 33.

²⁸⁹ Véase White, *loc. cit.*, pág. 43, que opina que la disposición pertinente del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves «no afecta en absoluto a las restricciones que puedan existir en el derecho nacional respecto de la extradición de un delincuente. Así, por ejemplo, el derecho de muchos Estados prohíbe la extradición de los delincuentes políticos o de los nacionales del Estado requerido. El Convenio no exige que se dejen de aplicar esas normas: simplemente establece que el secuestro es un delito que da lugar a extradición y deja que el derecho nacional determine si, en un caso concreto, el secuestrador debe ser extraditado».

objeto de importantes debates en los trabajos preparatorios de las convenciones examinadas. En las negociaciones se hizo hincapié, en particular, en que el mecanismo de castigo de los delincuentes que se estableciera debía tener en cuenta que las constituciones de muchos Estados prohibían expresamente la extradición de sus nacionales y que los Estados a veces concedían asilo político a personas que eran objeto, posteriormente, de solicitudes de extradición. Se consideró entonces que las convenciones no podían imponer a los Estados partes una obligación absoluta de extraditar y que debían prever la posibilidad de que el Estado requerido denegara la extradición sobre la base de su legislación nacional. Como ponen de manifiesto los trabajos preparatorios del Código Bustamante y del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, fue ese debate el que condujo originalmente a elaborar un mecanismo que combinara la posibilidad de extradición con la de enjuiciamiento²⁹⁰. Ese debate quedó reflejado luego en los instrumentos (como el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda y otros convenios que siguieron ese modelo) que contienen disposiciones separadas sobre extradición y enjuiciamiento aplicables a extranjeros y nacionales, en las convenciones en que la obligación de juzgar nace cuando se deniega la extradición debido, en particular, a la nacionalidad del presunto delincuente²⁹¹ o en determinadas convenciones que protegen expresamente el derecho de asilo²⁹².

141. Por último, cabe señalar que en algunas convenciones se han incluido disposiciones más detalladas sobre el procedimiento de extradición que afectan al funcionamiento de las cláusulas sobre enjuiciamiento y extradición. Así, por ejemplo, los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra precisan, en la propia cláusula, que la opción de la extradición de personas a otro Estado está supeditada a la condición de que ese Estado haya «formulado contra ellas cargos suficientes». Muchas de las convenciones descritas en la sección D *supra* especifican que, a los fines de la extradición entre los Estados partes, se considerará que cada uno de los delitos en cuestión se ha cometido «no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción» de conformidad con esas convenciones, eliminando así un posible obstáculo para la extradición. Algunas convenciones contienen otras disposiciones según las cuales una solicitud de extradición no podrá ser denegada por determinados motivos (en particular por el carácter político del delito o por entranar cuestiones tributarias²⁹³) o, por el contrario, deberá serlo en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando el enjuiciamiento en el Estado requirente se base en motivos discriminatorios o la situación de la persona se vea perjudicada por esa razón, o

²⁹⁰ Véanse las secciones A, 1, b) y C, 1, b) *supra*. Véase también, en relación con la «fórmula de La Haya», Wise, *loc. cit.*, pág. 271.

²⁹¹ Véanse, por ejemplo, las convenciones multilaterales de extradición descritas en la sección C *supra*, así como las convenciones citadas en la nota 200 *supra*.

²⁹² Véase la nota 226 *supra*.

²⁹³ Véanse las notas 224 y 225 *supra*, respectivamente. Se ha sostenido que, a falta de disposiciones explícitas al respecto, las convenciones que siguen el modelo del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves deben interpretarse en el sentido de que permiten denegar la extradición por esos motivos; véase, por ejemplo, Bigay, *loc. cit.*, pág. 120.

cuando la solicitud de extradición se base en motivos triviales²⁹⁴). Algunas convenciones imponen obligaciones adicionales con el fin de reforzar la cooperación y eficacia en el procedimiento de extradición²⁹⁵.

142. En conclusión, parece que, al margen de algunas características comunes que figuran en todas las convenciones, el grado de especificidad de las normas relativas a las condiciones aplicables a la extradición depende de diversos factores. Así, la inclusión de disposiciones más detalladas a veces ha tenido en cuenta las preocupaciones concretas expresadas en el transcurso de las negociaciones (por ejemplo, en los casos en que se ha suscitado la cuestión de la no extradición de nacionales, a menudo se ha reconocido expresamente esta excepción en la respectiva convención), la naturaleza particular del delito (por ejemplo, el riesgo de que se rechace la extradición por el carácter político del delito es mayor respecto de determinados delitos) y cierta evolución en la redacción de las disposiciones pertinentes para tener en cuenta problemas que pudieron pasarse por alto en el pasado (por ejemplo, la posible trivialidad de la solicitud de extradición o la protección de los derechos del presunto delincuente). Una vez más, las razones para aprobar determinado tipo de regulación parecen depender de las particularidades de cada convención y de la historia de las negociaciones y deben evaluarse sobre la base de un examen detallado de los trabajos preparatorios pertinentes.

C. Condiciones aplicables al enjuiciamiento

143. Tres aspectos de la regulación de las condiciones aplicables al enjuiciamiento son de especial interés en este ámbito: las medidas que los Estados partes están obligados a adoptar para poder juzgar al delincuente cuando se presente la ocasión, el alcance preciso de la obligación de juzgar, incluida la cuestión de la discrecionalidad en materia de enjuiciamiento, y las condiciones aplicables a los procedimientos judiciales posteriores.

144. Las convenciones sobre delitos internacionales específicos contienen, por lo general, disposiciones detalladas que imponen a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias: tipificar los actos pertinentes como delito en su legislación nacional y prever penas adecuadas para ellos, establecer su jurisdicción respecto de tales delitos e investigar los hechos pertinentes y asegurar la presencia del presunto delincuente a efectos de su enjuiciamiento o extradición. Estas medidas preliminares son esenciales para que el mecanismo de castigo de los delincuentes previsto en la correspondiente convención funcione adecuadamente. En convenciones anteriores, la inexistencia de obligaciones de este tipo originó ciertas lagunas en el mecanismo. Por ejemplo, como se desprende de los trabajos preparatorios²⁹⁶, los redactores del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda tuvieron cuidado de no imponer a los Estados partes ningún deber de establecer jurisdicción extraterritorial. En consecuencia, el artículo 9, primer párrafo, limita la obligación de perseguir a los extranjeros que hayan cometido un delito en el extranjero al supuesto

en que éstos se encuentren en un país «cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero»; así pues, los extranjeros que se encuentren en otros países pueden eludir el castigo²⁹⁷. Una de las principales innovaciones del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves fue subsanar esta laguna, estableciendo un sistema de jurisdicción de dos niveles con arreglo al cual la obligación de establecer su jurisdicción que incumbe a los Estados que tengan una conexión con el delito se ve complementada con la obligación adicional de cada Estado de tomar «las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición» a esos otros Estados²⁹⁸. En otras palabras, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves estableció un vínculo entre la aplicación de la disposición relativa a la extradición y el enjuiciamiento, por una parte, y lo que parece ser el ejercicio subsidiario de la jurisdicción universal, por otra. No obstante, si se tiene presente que la fórmula empleada en ese Convenio se ha interpretado en el sentido de que impone una obligación de juzgar *ipso facto*, cabe considerar que existe una obligación general de ejercer la jurisdicción universal a menos que el Estado lleve a cabo la extradición. Como ya se vio²⁹⁹, este mecanismo fue reproducido posteriormente en muchas otras convenciones sobre delitos internacionales específicos (aunque no en todas ellas).

145. Las diferencias de formulación en las distintas convenciones al describir la obligación de juzgar hacen más difícil determinar su alcance: el Código Bustamante usa el verbo «juzgar» (por ejemplo, art. 345); el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda establece que los individuos «deberán ser castigados» y hace referencia a una «obligación de persecución» (art. 9); los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra imponen a los Estados partes la obligación de hacer «comparecer ante los propios tribunales» (por ejemplo, Convenio I, art. 49, segundo párrafo) a los presuntos delincuentes; el Convenio europeo de extradición hace referencia a la obligación del Estado de «someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél» (art. 6, párr. 2); el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y otras convenciones posteriores emplean la expresión «someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento» (art. 7).

²⁹⁷ Como señaló Wise, *loc. cit.*, pág. 274, el Convenio de 1929 «no requiere que las partes estén preparadas para ejercer su jurisdicción en todos los casos en que no se extradite a un delincuente, sino que permite que los Estados tengan distintas opiniones sobre la idoneidad de ejercer la jurisdicción en relación con delitos cometidos en el extranjero aun en el caso de que se deniegue la extradición. En consecuencia, la obligación de juzgar en lugar de extraditar está supeditada a la posición general del Estado sobre la idoneidad de ejercer la jurisdicción extraterritorial». Véase también Bassiouni y Wise, *op. cit.*, pág. 13, y la opinión separada del Presidente Guillaume en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica) de la CIJ (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 38, párr. 6).

²⁹⁸ Art. 4, párr. 2. Véase la opinión separada del Presidente Guillaume en el fallo citado en la nota precedente, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 38 y 39, párrs. 7 y 8, y Plachta, *loc. cit.*, pág. 81.

²⁹⁹ Véase la nota 185 *supra*.

²⁹⁴ Véanse las notas 227 y 231 *supra*.

²⁹⁵ Véanse las notas 232 y 235 *supra*.

²⁹⁶ Véase la sección A, 1, b) *supra*.

146. La cuestión que se plantea es si el sometimiento del caso a las autoridades nacionales competentes implica necesariamente el enjuiciamiento y castigo del delincuente³⁰⁰. Como se describió anteriormente, esta cuestión ya se suscitó en el contexto de las negociaciones del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda y condujo a la adopción de una disposición expresa en la materia³⁰¹. En los trabajos preparatorios del Convenio europeo de extradición se examinó en detalle esa misma cuestión y se destacó que el Estado requerido tenía la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes pero que «el proceso judicial sólo tendrá lugar si las autoridades competentes consideran que hay lugar al enjuiciamiento»³⁰². El subcomité que preparó el primer proyecto del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves se inspiró en esa fórmula y precisó que «el Estado que hubiera detenido al presunto delincuente debería someter el caso a sus autoridades competentes para que éstas decidieran si se debía incoar un procedimiento judicial contra él»³⁰³. En otras palabras, esta obligación no significa necesariamente que se incoará un procedimiento, y menos aún que el presunto delincuente será castigado. Por este motivo se ha sostenido con autoridad que, en sentido estricto, la fórmula empleada en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves debe describirse como *aut dedere aut persequi*³⁰⁴.

147. Se plantea entonces la cuestión de si las autoridades a las que se somete el caso gozan de «discrecionalidad en materia de enjuiciamiento» para decidir si continúan con el procedimiento. A este respecto, en el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda se estableció expresamente, tras las negociaciones, que este instrumento dejaba intacto el principio de que los hechos previstos en él «deban ser calificados, perseguidos y juzgados en cada país conforme a las reglas generales de su legislación interna, sin que jamás se les asegure la impunidad» (art. 18). Muchas de las convenciones más recientes descritas en la sección D *supra* contienen una limitación explícita según la cual «[d]ichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado» (Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, art. 7), y excluyen, por tanto, que, a efectos del enjuiciamiento, el delito pueda considerarse de carácter político. Otras convenciones del mismo grupo precisan, de manera alternativa, que el sometimiento del asunto a las autoridades competentes debe hacerse «según el procedimiento previsto en la legislación» del Estado interesado

³⁰⁰ A este respecto, cabe señalar que los términos sumamente estrictos empleados en varias convenciones que han adoptado la «fórmula de La Haya» (por ejemplo, «sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio» o «sin demora injustificada») hacen referencia a la obligación de someter el caso a las autoridades competentes, pero no al procedimiento incoado por éstas a raíz de ello (véase el párrafo 105 *supra*, así como las notas 203 y 204 *supra*).

³⁰¹ Véase el párrafo 24 *supra*.

³⁰² Véase el párrafo 83 *supra*.

³⁰³ Véase el párrafo 99 *supra*.

³⁰⁴ Guillaume, *loc. cit.*, págs. 354 y 368 (el Sr. Guillaume era el Presidente del subcomité que preparó el primer proyecto del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves). Véase también Henzelin, *op. cit.*, págs. 302 y 304 a 306.

o «como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción»³⁰⁵; en algunos casos se establece que «el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica» en otros casos similares (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 7, párr. 2). De estas disposiciones se desprende que las autoridades competentes conservan cierta discrecionalidad en materia de enjuiciamiento y que puede haber casos en que un Estado cumpla las obligaciones que le incumben con arreglo a esas convenciones sin que el presunto delincuente sea extraditado ni efectivamente juzgado³⁰⁶. Sin embargo, durante la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión se sostuvo que la discrecionalidad en materia de enjuiciamiento que existía ordinariamente no era apropiada para los delitos a que se refería el código³⁰⁷. Se observó, en particular, que el régimen de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra debía interpretarse en el sentido de que no permitía ninguna discrecionalidad en materia de enjuiciamiento para las infracciones graves³⁰⁸. Así pues, la terminología empleada en el artículo 9 del proyecto de código («juzgar») tenía por objeto imponer la obligación de juzgar cuando hubiera pruebas suficientes para hacerlo en virtud del derecho nacional, sin posibilidad alguna de conceder inmunidad al presunto delincuente a cambio de que aportara pruebas o ayudara al procesamiento en otras causas³⁰⁹. En resumen, parece que el grado preciso de discrecionalidad en materia de enjuiciamiento de que disponen las autoridades competentes debe determinarse caso por caso, a la luz del tenor de la disposición pertinente y de los trabajos preparatorios y teniendo en cuenta la naturaleza del delito de que se trate.

148. Por último, algunas convenciones establecen las condiciones que deben respetarse en la sustanciación del proceso judicial, como el nivel de las pruebas necesarias, la cooperación entre los Estados en aspectos procesales y probatorios o las garantías de un trato equitativo del presunto delincuente en todas las fases del procedimiento, entre otras³¹⁰. Las variaciones en el contenido de

³⁰⁵ Véanse las notas 206 y 207 *supra*.

³⁰⁶ A este respecto, se ha señalado, en relación con el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que «algunos Estados habrían preferido un convenio algo más estricto que, en todos los casos, hubiera obligado a cada Estado contratante a juzgar al secuestrador presente en su territorio o a extraditarlo (con independencia de que hubiera cometido el delito de secuestro por motivos políticos o no) a un Estado que procediera a juzgarlo. No obstante, quedó de manifiesto que muchos Estados no podrían aceptar tales disposiciones y que el fin del Convenio se vería frustrado si no era objeto de amplia aprobación» (White, *loc. cit.*, pág. 44). Por lo que respecta a los autores que interpretan la «fórmula de La Haya» en el sentido de que concede discrecionalidad en materia de enjuiciamiento, véase Wood, *loc. cit.*, pág. 792, en relación con la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; Costello, *loc. cit.*, pág. 487; Bigay, *loc. cit.*, págs. 118 y 119; Bassiouni y Wise, *op. cit.*, pág. 4; Dugard y Van den Wyngaert, «Reconciling extradition with human rights», pág. 209; Henzelin, *op. cit.*, págs. 304 a 306; y Mitchell, *op. cit.*, págs. 67 a 69.

³⁰⁷ Véase la explicación del Presidente del Comité de Redacción, *Anuario... 1996*, vol. I, 2439.ª sesión, pág. 54, párr. 36.

³⁰⁸ *Ibid.*, pág. 55, párr. 48 (Sr. Yamada).

³⁰⁹ Véase *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 34, párr. 4 del comentario al artículo 9.

³¹⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo cuarto del artículo común a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra,

esas disposiciones parecen depender de distintos factores, entre ellos las cuestiones planteadas expresamente durante las negociaciones, el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan las pruebas en caso de enjuiciamiento de ciertos delitos o la evolución progresiva de esas cláusulas³¹¹. En cualquier caso, parece razonable sostener que las condiciones generales aplicables a la sustanciación del proceso judicial establecidas en normas internacionales vinculantes para el Estado también deben aplicarse al enjuiciamiento en el contexto de las cláusulas que contemplan el enjuiciamiento o la extradición.

D. Observaciones finales

149. Tras el examen de la práctica convencional, cabe proponer las siguientes observaciones finales.

150. En primer lugar, las disposiciones que por lo general se califican de cláusulas que contienen una obligación de extraditar o juzgar comparten dos características fundamentales, a saber: *a*) el objetivo de asegurar el castigo de ciertos delitos a nivel internacional; y *b*) el uso, para tal fin, de un mecanismo que combina la posibilidad de enjuiciamiento por el Estado de detención y la posibilidad de extradición a otro Estado. Aparte de estas características comunes básicas, las cláusulas de esa índole que figuran en convenciones multilaterales varían mucho en cuanto a su formulación, contenido y alcance, en particular en lo que atañe a las condiciones que imponen a los Estados respecto de la extradición y el enjuiciamiento y la relación que establecen entre esas dos posibles modalidades de actuación.

151. En segundo lugar, para evaluar con precisión el alcance de las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de las cláusulas que combinan las opciones de extradición y enjuiciamiento, dichas cláusulas no deben interpretarse de manera aislada. Como ya se mostró, esas disposiciones no son más que uno de los elementos del mecanismo general de castigo de los delincuentes establecido en los instrumentos internacionales pertinentes, que generalmente también incluyen normas relativas a la tipificación de ciertos delitos, el establecimiento de jurisdicción, la búsqueda y detención de presuntos delincuentes, la cooperación en materia penal y el régimen de extradición. Por tanto, el estudio de la práctica convencional en relación con el tema de «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» requiere que se tengan

debidamente en cuenta los demás elementos de los mecanismos de castigo de los delincuentes en que se inscriben esas cláusulas.

152. En tercer lugar, las convenciones multilaterales que contienen disposiciones que combinan las opciones de extradición y enjuiciamiento pueden clasificarse según distintos criterios, pero ninguno de ellos refleja plenamente la complejidad de la práctica convencional en este ámbito. En el presente estudio se ha propuesto una clasificación de las convenciones multilaterales que combina criterios cronológicos y sustantivos. Se ha considerado que es el enfoque más eficaz para poner de relieve las principales fuentes de inspiración de cada convención, las tendencias históricas generales en la evolución de esas disposiciones y las características comunes más importantes de ciertos grupos de convenciones. Sin embargo, se podían haber propuesto otras clasificaciones. Cabe observar, por ejemplo, que existe una distinción fundamental entre las convenciones multilaterales de extradición (cuyo objetivo es regular la cooperación judicial internacional en materia penal con independencia de la naturaleza del delito) y las convenciones sobre delitos específicos de trascendencia internacional (cuyo objetivo es tipificar esos delitos y establecer un sistema internacional eficaz al respecto). Las primeras hacen hincapié en la obligación de extraditar (que se regula en detalle) y sólo contemplan el enjuiciamiento como una alternativa excepcional para evitar la impunidad, mientras que las segundas se centran en las condiciones para asegurar el enjuiciamiento y regulan la extradición principalmente como un mecanismo para asegurar que el presunto delincuente comparezca ante la justicia. En cualquier caso, y con independencia de la clasificación que se adopte, cabe señalar que siempre ha habido un proceso transversal de enriquecimiento en virtud del cual convenciones que pertenecen a grupos aparentemente distintos han servido de inspiración mutua para la elaboración de nuevos mecanismos de castigo de los delincuentes.

153. En cuarto lugar, a la luz del estudio realizado y más allá de las observaciones formuladas en la presente sección, parece difícil extraer conclusiones generales sobre el alcance preciso de las obligaciones convencionales que incumben a los Estados en virtud de las cláusulas que combinan las opciones de extradición y enjuiciamiento, en particular sobre cuestiones como el significado exacto de la obligación de juzgar y las condiciones aplicables al respecto (incluida la discrecionalidad en materia de enjuiciamiento), la base jurídica y las condiciones aplicables a la extradición (incluida la tramitación de solicitudes múltiples, los criterios de valoración de la prueba y las circunstancias que pueden excluir la extradición), la relación entre las dos modalidades de actuación previstas en la obligación, la relación con otros principios (incluida la jurisdicción universal), el cumplimiento de la obligación o la disponibilidad de una «tercera alternativa». El examen de la práctica convencional en este ámbito pone de manifiesto que el grado de especificidad de las distintas convenciones al regular estas cuestiones varía considerablemente y que existen muy pocas convenciones con mecanismos idénticos para el castigo de los delincuentes (incluso respecto de la relación entre extradición y enjuiciamiento). Las variaciones en las disposiciones relativas al enjuiciamiento y la extradición

según el cual «[l]os inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra», así como las convenciones mencionadas en las notas 208 y 211 *supra*.

³¹¹ En su resolución sobre los «Nuevos problemas en materia de extradición» (sesión de Cambridge, 1983), el Instituto de Derecho Internacional instó a que se reforzara y ampliara la norma *aut dedere aut judicare* e hizo hincapié en algunos aspectos relativos a la sustanciación del procedimiento: «Cuando un Estado decide juzgar a la persona en cuestión, otros Estados interesados, en particular aquel en cuyo territorio se cometió el delito, deberían estar autorizados a enviar observadores al juicio a menos que motivos graves relacionados con el mantenimiento de la seguridad del Estado justifiquen la no admisión de esos observadores» (art. VI, párr. 2); «Si el tribunal que conoce de ese juicio declara culpable al acusado, debería imponerle una pena adecuada similar a la que se aplicaría normalmente en una causa similar con arreglo al derecho de ese Estado» (art. VI, párr. 3). Véase también Costello, *loc. cit.*, págs. 491 a 494.

parecen estar determinadas por diversos factores, como el marco geográfico, institucional y temático en que se negocia cada convención, en particular la preexistencia de otras convenciones en la misma región o ámbito sustantivo que puedan haber influido en los trabajos preparatorios; las preocupaciones específicas manifestadas por las delegaciones durante las negociaciones; las cuestiones particulares derivadas de la naturaleza del delito que la convención pretende combatir; cierta evolución general en la redacción de esas cláusulas para tener en cuenta

nuevos problemas surgidos en la práctica; y el desarrollo de ámbitos conexos del derecho internacional, como los derechos humanos y la justicia penal internacional. De ello se desprende que si bien es posible acotar algunas tendencias generales y características comunes en las disposiciones pertinentes, las conclusiones definitivas sobre el alcance preciso de cada una de ellas deben extraerse caso por caso, teniendo en cuenta la formulación de la disposición, la estructura general del tratado en que figura y los trabajos preparatorios pertinentes.

ANEXO

CONVENCIÓNES MULTILATERALES INCLUIDAS EN EL ESTUDIO, EN ORDEN CRONOLÓGICO, CON EL TEXTO DE LAS DISPOSICIONES PERTINENTES

CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CÓDIGO BUSTAMANTE) (CONVENCIÓN SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO) (UNIÓN PANAMERICANA)

Artículo 345

Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA

Artículo 8

En los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales, sus súbditos que hayan vuelto al territorio de su país, después de haber sido culpables en el extranjero de hechos previstos por el artículo 3, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiese sido cometido en su propio territorio, y eso aun en el caso de que el culpable hubiere adquirido su nacionalidad posteriormente a la realización de la infracción.

Esta disposición no será aplicable si, en caso semejante, no pudiere ser concedida la extradición de un extranjero.

Artículo 9

Los extranjeros que hayan cometido hechos previstos en el artículo 3 y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país.

La obligación de la persecución se subordinará a la condición de que la extradición haya sido solicitada y que el país requerido no pueda entregar al inculcado por una razón sin relación con el hecho.

CONVENCIÓN SOBRE EXTRADICIÓN (UNIÓN PANAMERICANA)

Artículo 2

Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las

circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él ocurren las condiciones establecidas por el inciso *b*) del artículo anterior [es decir, que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad], y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga.

CONVENIO PARA LA SUPRESIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NOCIVAS

Artículo 7

1. En los países que no admiten el principio de la extradición de sus súbditos, los nacionales que vuelvan a su país después de haber cometido en el extranjero alguno de los delitos incluidos en el artículo 2, deberán ser perseguidos y castigados de la misma manera que si el delito se hubiese cometido dentro de dicho territorio, e incluso si el culpable hubiera adquirido su nacionalidad después de cometida la infracción.

2. Esta disposición no será aplicable si, en un caso similar, no se puede conceder la extradición de un extranjero.

Artículo 8

Los extranjeros que hayan cometido en el extranjero uno de los delitos previstos en el artículo 2 y que se encuentren en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes serán perseguidos y castigados de la misma forma que si hubiesen cometido el delito en ese territorio, siempre que se reúnan las condiciones siguientes:

a) Que habiéndose solicitado la extradición, no se haya podido conceder por una razón ajena al propio delito;

b) Que la legislación del país de refugio admita como regla general la persecución de las infracciones cometidas por extranjeros en el extranjero.

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TERRORISMO

Artículo 9

1. Cuando una Alta Parte Contratante no admita el principio de extradición de sus súbditos, los nacionales que

vuelvan al territorio de su país después de haber cometido en el extranjero un delito previsto en los artículos 2 y 3 deberán ser perseguidos y castigados de la misma manera que si el delito se hubiese cometido dentro de dicho territorio, incluso si el culpable hubiera adquirido su nacionalidad después de cometida la infracción.

2. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables si, en circunstancias similares, no se puede conceder la extradición de un extranjero.

Artículo 10

Los extranjeros que hayan cometido en el extranjero uno de los delitos previstos en los artículos 2 y 3 y que se encuentren en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes serán perseguidos y castigados de la misma forma que si hubiesen cometido el delito en ese territorio, siempre que se reúnan las condiciones siguientes:

a) Que habiéndose solicitado la extradición, no se haya podido conceder por una razón ajena al propio delito;

b) Que la legislación del país de refugio reconozca la jurisdicción de sus propios tribunales respecto de las infracciones cometidas por extranjeros en el extranjero;

c) Que el extranjero sea nacional de un país que reconozca la jurisdicción de sus propios tribunales respecto de las infracciones cometidas por extranjeros en el extranjero.

CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS Y ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA (CONVENIO I)

CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR (CONVENIO II)

CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA (CONVENIO III)

CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA (CONVENIO IV)

Párrafo 2 de los artículos 49/50/129/146

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (PROTOCOLO I)

Artículo 85. Represión de las infracciones del presente Protocolo

1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LA EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA

Artículo 9

En los Estados cuya legislación no admita la extradición de nacionales, los nacionales que hubieren regresado a su propio Estado después de haber cometido en el extranjero cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado.

No se aplicará esta disposición cuando, en casos análogos entre las Partes en el presente Convenio, no pueda concederse la extradición de un extranjero.

CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN (CONSEJO DE EUROPA)

Artículo 6. Extradición de nacionales

[...]

2. Si la Parte requerida no accediese a la extradición de un nacional, deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por la vía prevenida en el párrafo 1 del artículo 12. Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES

[Véase también: Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes]

Artículo 36. Disposiciones penales

[...]

2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, el régimen jurídico y la legislación nacional de cada Parte:

a) [...]

iv) Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se le solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

CONVENCIÓN GENERAL SOBRE COOPERACIÓN JUDICIAL
(ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE ÁFRICA Y MADAGASCAR)

Artículo 42

Las Altas Partes Contratantes no extraditarán a sus respectivos nacionales; la condición de nacional se apreciará en el momento de la infracción por la cual se solicita la extradición.

No obstante, el Estado requerido se compromete, en la medida en que sea competente para juzgarlos, a perseguir a sus propios nacionales que hayan cometido en el territorio de otro Estado infracciones tipificadas como crímenes o delitos en su propia legislación, cuando el otro Estado le dirija una solicitud en tal sentido acompañada de los expedientes, documentos, objetos e información en su poder. Se mantendrá informado al Estado requirente del curso que se dé a su solicitud.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DEL APODERAMIENTO ILÍCITO
DE AERONAVES

Artículo 7

El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO CONFIGURADOS EN DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y LA EXTORSIÓN CONEXA CUANDO ÉSTOS TENGAN TRASCENDENCIA INTERNACIONAL (OEA)

Artículo 5

Cuando no proceda la extradición solicitada por alguno de los delitos especificados en el artículo 2 porque la persona reclamada sea nacional o medie algún otro impedimento constitucional o legal, el Estado requerido queda obligado a someter el caso al conocimiento de las autoridades competentes, a los efectos del procesamiento como si el hecho se hubiera cometido en su territorio. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado requirente. En el juicio se cumplirá con la obligación que se establece en el artículo 4.

CONVENIO SOBRE SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículo 22

[...]

2. A reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte:

a) [...]

iv) Los referidos delitos graves cometidos tanto por nacionales como por extranjeros serán juzgados

por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS
CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL

[Véase también Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil]

Artículo 7

El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

CONVENCIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DE DELITOS
CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS

Artículo 7

El Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable, de no proceder a su extradición, someterá el asunto, sin ninguna excepción ni demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado.

CONVENIO EUROPEO PARA LA REPRESIÓN DEL TERRORISMO
(CONSEJO DE EUROPA)

Artículo 7

El Estado Contratante en cuyo territorio se descubra al presunto autor de un delito comprendido en el artículo primero y que haya recibido una solicitud de extradición en las condiciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 6, en el supuesto de que no accediese a la extradición del citado individuo, someterá el caso, sin excepción alguna y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Dichas autoridades tomarán la decisión que proceda, en las mismas condiciones que para cualquier delito de carácter grave, con arreglo a las leyes del Estado.

CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE LA ACTIVIDAD
DE MERCENARIOS EN ÁFRICA (OUA)

Artículo 9. Extradición

[...]

3. Cuando un nacional sea objeto de una solicitud de extradición, el Estado requerido deberá emprender accio-

nes penales contra este por el delito cometido en caso de que deniegue su extradición.

CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN FÍSICA
DE LOS MATERIALES NUCLEARES

Artículo 10

El Estado Parte en cuyo territorio se halle el presunto delincuente, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes, sin excepción alguna ni demora injustificada, a efectos del procesamiento, según los procedimientos que prevea la legislación de dicho Estado.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA TOMA DE REHENES

Artículo 8

1. El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXTRADICIÓN (OEA)

Artículo 2. Jurisdicción

[...]

3. El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la extradición es denegada por el Estado requerido, éste someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al Estado requirente.

Artículo 8. Enjuiciamiento por el Estado requerido

Cuando correspondiendo la extradición un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si éste hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.

CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS
O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Artículo 7

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR
LA TORTURA (OEA)

Artículo 14

Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

CONVENCIÓN REGIONAL DE LA ASOCIACIÓN DEL ASIA MERIDIONAL
PARA LA COOPERACIÓN REGIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DEL
TERRORISMO

Artículo IV

Un Estado contratante en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se sospeche que ha cometido uno de los delitos enunciados en el artículo I o que se haya convenido en incluir en virtud de lo dispuesto en el artículo II y que haya recibido una solicitud de extradición de otro Estado contratante, si no procede a la extradición de esa persona, someterá el caso, sin excepción y sin dilación, a sus autoridades competentes, las cuales tomarán sus decisiones de la misma manera que en el caso de todo delito grave con arreglo a la legislación del Estado.

CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS
CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Artículo 10

1. El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el delincuente o presunto delincuente, en los casos a los que es aplicable el artículo 6, si no procede a la extradición del mismo, someterá sin dilación el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, mediante el procedimiento judicial acorde con la legislación de dicho Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave, de acuerdo con la legislación de dicho Estado.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO
ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículo 6. Extradición

[...]

9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal declarada de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá:

a) Si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente;

b) Si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente solicite otra cosa a efectos de salvaguardar su competencia legítima.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL RECLUTAMIENTO, LA UTILIZACIÓN, LA FINANCIACIÓN Y EL ENTRENAMIENTO DE MERCENARIOS

Artículo 12

El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre al presunto delincuente, si no concede la extradición de este, estará obligado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, a someter el caso a las autoridades competentes a efectos del procesamiento según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Esas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de carácter grave, con arreglo a la legislación de ese Estado.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (OEA)

Artículo VI

Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

CONVENCIÓN DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA DE LOS ESTADOS DE ÁFRICA OCCIDENTAL (CEDEAO) SOBRE EXTRADICIÓN

Artículo 10

[...]

2. El Estado requerido que no acceda a la extradición de un nacional deberá, a instancia del Estado requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por vía diplomática o por cualquier otro cauce acordado por los Estados interesados. Se informará al Estado requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

CONVENCIÓN SOBRE LA SEGURIDAD DEL PERSONAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL PERSONAL ASOCIADO

[Véase también Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado]

Artículo 14

El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable, si no concede su extradición, someterá el caso, sin ninguna excepción y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según el procedimiento establecido en la

legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de ese Estado.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (OEA)

Artículo XIII. Extradición

[...]

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS

Artículo XIX. Extradición

[...]

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, el Estado Parte requerido presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento según los criterios, leyes y procedimientos aplicables por el Estado requerido a esos delitos cuando son cometidos en su territorio. El Estado Parte requerido y el Estado Parte requirente podrán, de conformidad con sus legislaciones nacionales, convenir de otra manera con respecto a cualquier enjuiciamiento a que se refiere este párrafo.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS CON BOMBAS

Artículo 8

1. En los casos en que sea aplicable el artículo 6, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

CONVENCIÓN PARA LA REPRESIÓN DEL COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Artículo 10

[...]

3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que puede extraditar a sus nacionales o que

puede procesar a sus nacionales por el delito de cohecho de un servidor público extranjero. Una Parte que decline una solicitud para extraditar a una persona por cohecho de un servidor público extranjero exclusivamente porque esa persona sea su nacional, deberá someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de proceso judicial.

CONVENCIÓN ÁRABE SOBRE LA REPRESIÓN DEL TERRORISMO
(LIGA DE LOS ESTADOS ÁRABES)

Artículo 6

No podrá concederse la extradición en ninguna de las circunstancias siguientes:

[...]

h) Si el ordenamiento jurídico del Estado requerido no prevé la extradición de sus nacionales. En tal caso, ese Estado procesará a todo el que cometa en el territorio de cualquiera de los demás Estados Contratantes un delito de terrorismo punible en ambos Estados con pena de privación de libertad de un año como mínimo. Se determinará la nacionalidad de la persona cuya extradición se solicite en la fecha en que se cometió el delito, para lo cual se recurrirá a la investigación realizada por el Estado requirente.

CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE
MEDIANTE EL DERECHO PENAL (CONSEJO DE EUROPA)

[Véase la nota 194 *supra*.]

CONVENIO DE DERECHO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN
(CONSEJO DE EUROPA)

Artículo 27

[...]

5. Si se deniega la extradición solicitada por un delito de los tipificados de conformidad con el presente Convenio basándose únicamente en la nacionalidad de la persona reclamada, o porque la Parte requerida se considere competente para conocer de ese delito, la Parte requerida someterá el asunto a las autoridades competentes a efectos de persecución, salvo que se haya convenido otra cosa con la Parte requirente, e informará a ésta, a su debido tiempo, del resultado definitivo.

SEGUNDO PROTOCOLO DE LA CONVENCION DE LA HAYA DE
1954 PARA LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN
CASO DE CONFLICTO ARMADO

Artículo 17

1. La Parte en cuyo territorio se comprobare la presencia del presunto autor de una de las infracciones enunciadas en los apartados *a)* a *c)* del párrafo 1 del artículo 15, si no extradita a esa persona, someterá su caso sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del derecho internacional.

CONVENIO DE LA ORGANIZACIÓN DE LA CONFERENCIA ISLÁMICA
PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

Artículo 6

[...]

8. Cuando el ordenamiento jurídico del Estado requerido no permita la extradición de uno de sus nacionales, se le obligará a enjuiciar a toda persona que cometa un delito de terrorismo si en ambos Estados el acto es castigado con privación de libertad por un período mínimo de un año o de mayor duración. La nacionalidad de la persona de quien se solicita la extradición se determinará con arreglo a la fecha en que se haya cometido el delito teniendo en cuenta la investigación que haya emprendido a ese respecto el Estado requirente.

CONVENCIÓN DE LA OUA PARA PREVENIR Y COMBATIR
EL TERRORISMO

Artículo 8

[...]

4. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente estará obligado, se trate o no de un delito cometido en su territorio, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que extradite a la persona.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN
DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Artículo 10

1. En los casos en que sea aplicable el artículo 7, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA
PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA
PORNOGRAFIA

Artículo 5

[...]

5. Si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 y el Estado requerido no la concede o no desea concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

[Véase también: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional]

Artículo 16

[...]

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

CONVENIO SOBRE LA CIBERDELINCUENCIA
(CONSEJO DE EUROPA)

Artículo 24

[...]

6. Cuando se deniegue la extradición por un delito mencionado en el apartado 1 del presente artículo únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus autoridades competentes para los fines de las actuaciones penales pertinentes, e informará a su debido tiempo del resultado final a la Parte requirente. Dichas autoridades tomarán su decisión y efectuarán sus investigaciones y procedimientos de la misma manera que para cualquier otro delito de naturaleza comparable, de conformidad con la legislación de dicha Parte.

PROGRAMA DE LONDRES PARA LA EXTRADICIÓN
EN EL COMMONWEALTH*

16. 1) Con el fin de asegurar que los países del Commonwealth no se utilicen como refugio frente a la acción de la justicia, todo país que se reserve el derecho de denegar la extradición de sus nacionales o residentes permanentes de conformidad con la cláusula 15,

párrafo 3), tomará, en el marco de su Constitución, las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias u oportunas en esas circunstancias para facilitar el enjuiciamiento o castigo de una persona cuya extradición se deniegue por ese motivo.

2) Las medidas legislativas necesarias para hacer efectivo el párrafo 1) podrán consistir, entre otras cosas, en:

a) disponer que el caso se someta a las autoridades competentes del país requerido a efectos de enjuiciamiento;

b) permitir:

i) la extradición temporal de la persona para que sea juzgada en el país requirente con la condición de que, tras el juicio y la condena, la persona regrese al país requerido para cumplir su condena; y

ii) el traslado de los delincuentes condenados; o

c) permitir que se formule una solicitud a las autoridades pertinentes del país requirente para que proporcionen las pruebas y demás información que permitan a las autoridades del país requerido juzgar a la persona por el delito en cuestión.

CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCIÓN
(UA)

Artículo 15

[...]

6. En caso de que una persona acusada o declarada culpable de un delito se encuentre en el territorio de un Estado parte y este se haya negado a extraditarla por ser competente respecto de ese delito, el Estado parte requerido estará obligado a someter el asunto sin dilación indebida a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que acuerde otra cosa con el Estado parte requirente, e informará de la conclusión del asunto al Estado parte requirente.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo 44

[...]

11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

* El Programa no es un instrumento internacional vinculante.

CONVENIO DEL CONSEJO DE COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS
ÁRABES DEL GOLFO SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Artículo 20

No se permitirá la extradición en los casos siguientes:

[...]

h) Si la legislación del Estado requerido prohíbe la extradición de sus nacionales. En ese caso, el Estado requerido emprenderá el proceso para condenar al nacional que haya cometido un delito de terrorismo en cualquier otro Estado Contratante, si el delito es sancionable con una pena de privación de libertad de al menos un año en ambos Estados. Se considerará que la nacionalidad de la persona cuya extradición se reclama será la que tenía en la fecha de la comisión del delito objeto de la solicitud de extradición, sobre la base de las investigaciones realizadas por el Estado requirente.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LOS ACTOS
DE TERRORISMO NUCLEAR

Artículo 11

1. En los casos en que sea aplicable el artículo 9, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto autor, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PREVENCIÓN
DEL TERRORISMO

Artículo 18

1. En los casos en que sea competente en virtud del artículo 14, aquella Parte en cuyo territorio se encuentre

el presunto autor del delito vendrá obligada, en el caso de que no proceda a su extradición, a someter el asunto sin dilación excesiva y sin aplicar excepción alguna, haya sido o no cometido el delito dentro de su territorio, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, en virtud de un procedimiento conforme a la legislación de esa Parte. Dichas autoridades adoptarán su decisión en las mismas condiciones que para cualquier otro delito de carácter grave en virtud de las leyes de esa Parte.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS
LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Artículo 11

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal.

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN CONTRA EL TERRORISMO
(ASEAN)

Artículo XIII. Extradición

1. En los casos en que sea aplicable el artículo VII de la presente Convención, la Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligada a someter el caso sin demora indebida a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en su legislación, sin excepción alguna e independientemente de que el delito se haya cometido o no en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión de igual forma que si se tratara de cualquier otro delito de naturaleza grave conforme a la legislación de esa Parte.

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/L.774

Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial

[Original: inglés]
[24 de junio de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	397
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-3 398
CUESTIONES PARA SER EXAMINADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO	4-23 398
A. Fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar	5-8 398
B. Ámbito <i>ratione materiae</i> de la obligación de extraditar o juzgar.....	9-10 399
C. Contenido de la obligación de extraditar o juzgar.....	11-13 399
D. Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios	14-17 399
E. Condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar.....	18-19 400
F. Modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar.....	20-21 400
G. Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la entrega del presunto autor del delito a un tribunal penal internacional competente (la «tercera» alternativa).....	22-23 401

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CXII, n.º 2623, pág. 371. En español, véase España, <i>Gaceta de Madrid</i> , n.º 98, 8 de abril de 1931, pág. 98.
Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Ibíd., <i>Official Journal</i> , documento C.546.M.383.1937.V.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.º 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, n.º 12325, pág. 105.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	A/RES/61/177.

Introducción

1. Durante el 61.º período de sesiones de la Comisión, en 2009, el Grupo de Trabajo sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» propuso un marco general para el examen del tema por la Comisión consistente en un esquema en el que se enumeran, de la manera más exhaustiva posible, las cuestiones que se deben tratar sin asignarles ningún orden de prioridad¹. Como se explica en el informe de la Comisión, «no debe considerarse que el marco general aporte una respuesta definitiva acerca del carácter más o menos general del planteamiento que debe adoptar la Comisión para el examen del tema»², y correspondería al Relator Especial determinar el orden preciso de las cuestiones que hayan de examinarse así como la estructura y la articulación de los proyectos de artículos que se propone elaborar sobre los diversos aspectos del tema³.

2. En el 62.º período de sesiones, en 2010, la Secretaría presentó a la Comisión un estudio titulado Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar

o juzgar (*aut dedere aut judicare*)»⁴. En el Estudio de la Secretaría se recogen más de 60 instrumentos multilaterales con disposiciones en las que se combinan la extradición y el enjuiciamiento como vías alternativas de actuación para castigar a los autores de un delito, se propone una descripción y una tipología de los instrumentos pertinentes a la luz de estas disposiciones y se examina la labor preparatoria de algunos instrumentos fundamentales que han servido de modelo en este ámbito, así como las reservas formuladas a las disposiciones correspondientes. También se señalan en él las diferencias y semejanzas entre las disposiciones examinadas y su evolución.

3. El Estudio de la Secretaría puede constituir una base adecuada para el examen del tema por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. Habida cuenta de la práctica convencional en este ámbito, como se desprende de la descripción que figura en el Estudio, el Grupo de Trabajo podría continuar con el debate de las cuestiones que se abordarán en este contexto, proporcionar algunas posibles respuestas a algunas de las cuestiones planteadas y determinar el camino a seguir para el examen del tema por la Comisión.

¹ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 202 y 204.

² *Ibid.*, párr. 202.

³ *Ibid.*, párr. 203.

⁴ Documento A/CN.4/630, reproducido en el presente volumen.

Cuestiones para ser examinadas por el Grupo de Trabajo

4. El presente documento contiene algunas observaciones y sugerencias respecto de las cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en el actual período de sesiones sobre la base del marco general que se propuso en 2009.

A. Fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar

5. El examen de instrumentos multilaterales en este ámbito pone de manifiesto que, como señaló el Grupo de Trabajo en el último período de sesiones⁵, aquellas cláusulas que puede considerarse que contienen obligaciones en relación con la extradición y el enjuiciamiento están vinculadas al objetivo de imponer la obligación de colaborar en la lucha contra la impunidad por determinados delitos⁶. No obstante, el Estudio de la Secretaría pone de manifiesto que existe gran diversidad en la formulación, el contenido y el alcance de estas obligaciones en la práctica convencional, lo cual puede afectar a la forma en que la Comisión deba examinar la cuestión de si la obligación de extraditar o juzgar tiene un fundamento en derecho internacional consuetudinario y en qué medida lo tiene, y si esa obligación está vinculada indisolublemente a ciertos «delitos de derecho consuetudinario» específicos⁷.

6. El Estudio de la Secretaría propone una tipología de las disposiciones convencionales pertinentes y clasifica los instrumentos examinados en las cuatro categorías siguientes⁸:

a) El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, y otras convenciones que siguen el mismo modelo;

b) Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I);

c) Convenciones regionales de extradición;

d) El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y otros instrumentos que siguen el mismo modelo.

7. La clasificación, que combina criterios cronológicos y sustantivos, logra su objetivo de destacar las diferencias y semejanzas entre esas disposiciones así como su evolución, desde el punto de vista del Grupo de Trabajo. No obstante, como se señala en el Estudio, podrían considerarse otras clasificaciones (por ejemplo, una clasificación que distinguiera entre convenios y convenciones multilaterales sobre extradición y convenios y

⁵ Véase el inciso i) del apartado a del marco general propuesto para el examen por la Comisión del tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», preparado por el Grupo de Trabajo, *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 204.

⁶ Véase el Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 150.

⁷ Incisos iii) y iv) del apartado a del marco general (nota 5 *supra*).

⁸ Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 7.

convenciones sobre delitos específicos de interés internacional), que tal vez la Comisión desee tener en cuenta a la hora de abordar determinados aspectos del presente tema.

8. Se sugiere que el Grupo de Trabajo determine, a la luz del examen de los instrumentos multilaterales contenidos en el Estudio de la Secretaría, si es aconsejable que la Comisión adopte un planteamiento general respecto del tema o si debería centrar su atención en determinadas categorías específicas de obligaciones (por ejemplo, las recogidas en instrumentos sobre terrorismo). En este sentido, el Grupo de Trabajo debería examinar qué tipología de disposiciones convencionales se ajusta mejor a los objetivos que trata de alcanzar la Comisión al examinar el presente tema.

B. *Ámbito ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar

9. El Estudio de la Secretaría confirma que las cláusulas del tipo examinado por la Comisión en relación con el presente tema se incluyen en instrumentos multilaterales que tratan una amplia gama de delitos, como la falsificación, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas ilícitos, la trata de seres humanos, los crímenes de guerra, la tortura, los mercenarios, los delitos contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas, la delincuencia transnacional, la corrupción, o las desapariciones forzadas, entre otros. No obstante, el Estudio revela también que en la práctica convencional la formulación y el contenido de las obligaciones pueden variar de una categoría de delitos a otra y, en algunos casos al menos, de un instrumento a otro, aun cuando ambos se refieran a la misma categoría de delitos. Por tanto, la Comisión podría identificar, con carácter preliminar, qué categorías de delitos son pertinentes a los fines de abordar las cuestiones relacionadas con el ámbito *ratione materiae* de la obligación que se destaca en el marco general⁹.

10. Se sugiere que el Grupo de Trabajo determine, a la vista de la práctica convencional descrita en el Estudio de la Secretaría, si es aconsejable examinar el ámbito *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar tomando como base una clasificación de los delitos en cuestión. El Grupo de Trabajo podría examinar, en particular, si la Comisión debe centrar su atención en determinadas categorías de delitos (por ejemplo, si la obligación de extraditar o juzgar aplicable a incumplimientos graves recogidos en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra se extiende a otros delitos recogidos en el derecho internacional, tales como otros crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio; y si la obligación incluida en numerosos instrumentos sobre terrorismo se extiende a otros delitos de terrorismo no recogidos en esos instrumentos o a otros delitos de interés internacional).

C. Contenido de la obligación de extraditar o juzgar

11. El estudio de instrumentos multilaterales en este ámbito proporciona valiosos elementos para que la Comi-

sión evalúe, al menos en la práctica convencional, el significado y el alcance de cada uno de los dos elementos de la obligación de extraditar o juzgar, así como la relación existente entre esos dos elementos, incluidas las cuestiones que se destacaron en el marco general¹⁰.

12. En lo que se refiere, en particular, a la cuestión de si uno de los elementos tiene prioridad sobre el otro, y a la facultad del Estado requerido para realizar libremente una valoración a la hora de decidir si extraditar o juzgar, el Estudio de la Secretaría pone de manifiesto que, si bien algunas disposiciones convencionales parecen imponer la obligación de juzgar tan pronto como se sepa que el autor del delito se encuentra en el territorio del Estado, obligación de la que este Estado puede liberarse concediendo la extradición, en algunas otras disposiciones la obligación de juzgar sólo nace tras la negativa a entregar al presunto delincuente en respuesta a una solicitud de extradición¹¹. La interpretación de las disposiciones pertinentes en relación con este aspecto plantea no obstante algunas dificultades, como queda de manifiesto con la cuestión de si la cláusula recogida en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (y disposiciones similares incluidas en otros instrumentos) deben entenderse en el sentido de que la obligación nace desde el momento en que se verifique que el presunto delincuente se encuentra en el territorio del Estado, independientemente de que haya una solicitud de extradición¹². Se plantea también la cuestión de cuáles son los factores que determinan el contenido de la obligación de extraditar o juzgar, como la naturaleza del instrumento, el grado de cooperación existente en cuestiones judiciales o la gravedad del delito en cuestión, entre otros.

13. Se sugiere que el Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta la práctica convencional descrita en el Estudio de la Secretaría, considere la cuestión de la relación existente entre los dos elementos de la obligación de extraditar o juzgar. El Grupo de Trabajo podría determinar, por ejemplo, si a la luz de la jurisprudencia del Comité contra la Tortura¹³ las diversas disposiciones contenidas en instrumentos contemporáneos deberían interpretarse en el sentido de que imponen la obligación de juzgar tan pronto como se verifique la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado, y si existe una obligación similar en derecho internacional consuetudinario respecto de una o más categorías de delitos.

D. Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios

14. El Estudio de la Secretaría contiene algunos elementos que pueden ayudar a proseguir con el examen sobre la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de la jurisdicción universal¹⁴. De los trabajos preparatorios examinados se desprende que en instrumentos previos se había tenido cuidado de no interferir con principios fundamentales de los ordenamientos

⁹ Véase el apartado *b* del marco general (nota 5 *supra*).

¹⁰ Véase el apartado *c* del marco general (nota 5 *supra*).

¹¹ Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 126.

¹² *Ibid.*, párrs. 130 y 131.

¹³ *Ibid.*, párr. 130.

¹⁴ Véase el inciso *i* del apartado *d* del marco general (nota 5 *supra*).

jurídicos internos de los Estados, en particular en lo que se refiere a la posición de éstos respecto de la cuestión general de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional y del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Como resultado de ello, el mecanismo para el enjuiciamiento de los delincuentes en esos instrumentos parecía tener varias lagunas que limitaban el ámbito de la obligación de extraditar o juzgar¹⁵. Esta cuestión se abordó en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y en otros instrumentos posteriores, en los que se estableció un sistema de jurisdicción de dos niveles con arreglo al cual la obligación de los Estados que tenían una relación con el delito de establecer su jurisdicción se veía complementada con la obligación ulterior de todo Estado de «tomar [...] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y [...] no conceda la extradición» (art. 4, párr. 2) a ninguno de los mencionados Estados¹⁶. En otras palabras, estos instrumentos, así como los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), prevén la obligación de ejercer la jurisdicción universal, al menos en algunas circunstancias.

15. Los trabajos preparatorios de las diversas convenciones examinadas en el Estudio de la Secretaría ponen de manifiesto también que el principio de no extradición de los nacionales, consagrado en varias legislaciones y constituciones, desempeñó un papel crucial en la decisión de los gobiernos de elaborar un mecanismo para juzgar a los autores de delitos que combinara las opciones de enjuiciamiento por el Estado en que se encuentre la persona o extradición a otro Estado que alegue tener un vínculo especial con el delito.

16. El Estudio de la Secretaría indica también que la cuestión de la relación del tema actual con los principios generales del derecho penal (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, non bis in idem*) y el posible problema resultante de principios contradictorios o limitaciones constitucionales estuvieron muy presentes en las negociaciones internacionales celebradas en este ámbito y repercutieron en la formulación de las correspondientes disposiciones.

17. Se sugiere que el Grupo de Trabajo siga examinando hasta qué punto la obligación de extraditar o juzgar está vinculada con el principio de la jurisdicción universal, al menos para determinadas categorías de delitos, y en particular si la obligación del Estado de establecer su jurisdicción respecto de un delito determinado cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio es un elemento necesario para asegurar el debido cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también examinar hasta qué punto es necesario que la Comisión se ocupe de la relación entre el tema actual y otros principios, en particular los principios generales del derecho penal.

¹⁵ Véase el Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 17, 18, 22, 24, 41, 42 y 144.

¹⁶ *Ibid.*, párrs. 103, 104, 113 y 144.

E. Condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar

18. Como se ha señalado anteriormente, la cuestión de las condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar está muy presente en las negociaciones de los instrumentos examinados en el Estudio de la Secretaría y estrechamente vinculada a la cuestión de la relación entre los dos elementos de la obligación. En particular parece que, si bien algunos instrumentos (por ejemplo, el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda y, por razones obvias, los convenios sobre extradición) hacen depender explícitamente la obligación de juzgar de la denegación de una solicitud de extradición¹⁷, algunos otros instrumentos imponen dicha obligación desde el momento en que se verifique la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado¹⁸. En este sentido, debe tomarse debida nota de la jurisprudencia del Comité contra la Tortura, según la cual la obligación correspondiente en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de juzgar al autor de un delito «no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo»¹⁹. Como se afirma también en el Estudio, cuestiones como los criterios probatorios que debe cumplir la solicitud de extradición y la existencia de circunstancias que pudieran excluir la validez de la obligación también se han examinado en la práctica convencional²⁰.

19. Se sugiere que el Grupo de Trabajo examine la cuestión de si la obligación de extraditar o juzgar nace de la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado o de una solicitud previa de extradición denegada en conexión con la cuestión de la relación entre los dos elementos de la obligación (véase el párrafo 13 *supra*). El Grupo de Trabajo podría también estudiar, a la luz de la práctica convencional en este ámbito, hasta qué punto otras cuestiones relacionadas con la solicitud de extradición (criterios probatorios, carácter político del delito o inmunidades, entre otras) repercuten en la validez de la obligación.

F. Modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar

20. El examen de la práctica convencional realizado en el Estudio de la Secretaría pone de manifiesto que la mayoría de los tratados contiene, en mayor o menor medida, disposiciones concretas relativas a la efectividad de la obligación. En particular, parece ser que el ámbito de la obligación del Estado, en caso de no extraditar, de adoptar medidas para juzgar al autor del delito ha sido una característica recurrente en las negociaciones de tales instrumentos y ha determinado la formulación de las disposiciones correspondientes. En este sentido, la cuestión principal parece ser si la remisión por el ejecutivo del asunto a las autoridades

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 133 a 135.

¹⁸ *Ibid.*, párrs. 127 a 131.

¹⁹ Decisión del Comité contra la Tortura adoptada a tenor del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/61/44)*, comunicación n.º 181/2001, *Suleymane Guengueng y otros c. Senegal*, párr. 9.7, reproducida en el párrafo 130 del Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*).

²⁰ Véase, por ejemplo, el Estudio de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 141 y 148.

judiciales competentes daría lugar necesariamente al enjuiciamiento y el castigo del autor del delito, es decir, si estas autoridades gozan de algún tipo de discrecionalidad para iniciar actuaciones al respecto²¹. Los instrumentos examinados también contienen a veces disposiciones detalladas de aspectos específicos de la extradición y los procedimientos judiciales (por ejemplo, sobre el tratamiento que debe darse a solicitudes múltiples de extradición, o las garantías procesales de la persona, entre otros)²². En lo que se refiere al control de la efectividad de la obligación cabe señalar que algunos instrumentos imponen a los Estados requeridos el deber de comunicar el resultado final del procedimiento al Estado requirente²³.

21. Se sugiere que el Grupo de Trabajo examine en particular, a la luz de la práctica convencional, el alcance de la obligación del Estado requerido de incoar un procedimiento contra el presunto autor del delito, incluida la cuestión de la discrecionalidad de las autoridades judiciales nacionales para iniciar actuaciones al respecto.

G. Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la entrega del presunto autor del delito a un tribunal penal internacional competente (la «tercera» alternativa)

22. El Estudio de la Secretaría pone de manifiesto que la posibilidad de que un Estado cumpla su obligación con

arreglo a una disposición que recoja el principio de extraditar o juzgar entregando al presunto autor de un delito a un tribunal penal internacional competente (la denominada «tercera alternativa») ha sido contemplada en algunos instrumentos internacionales. El ejemplo más destacado de un mecanismo de este tipo sería la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, que no llegó a ver la luz, con arreglo a la cual se establecería un tribunal penal internacional con competencia para conocer los delitos tipificados en la Convención²⁴. No obstante, el Estudio también revela que la idea de entregar al presunto autor de un delito a un tribunal penal internacional se encuentra en, al menos, un tratado de más reciente aprobación, a saber, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁵. Si bien la práctica convencional en este ámbito es escasa, puede argumentarse, teniendo en cuenta los términos de las disposiciones de estos dos ejemplos, que se considera que los Estados que recurran a ese mecanismo para castigar a los autores de delitos han cumplido con las obligaciones recogidas en las disposiciones.

23. Se sugiere que el Grupo de Trabajo determine, a la luz de la escasa práctica convencional, la conveniencia de examinar si un Estado que entregue al presunto autor de un delito a un tribunal penal internacional competente ha cumplido con la obligación de extraditar o juzgar y en qué medida lo ha hecho.

²¹ *Ibíd.*, párrs. 145 a 147.

²² *Ibíd.*, párrs. 142 y 148.

²³ *Ibíd.*, párr. 116, apdo. *i*.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 40.

²⁵ *Ibíd.*, párrs. 113 y 116, apdo. *c*.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/629

Tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial

[Original: inglés]
[31 de marzo de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	403
Obras citadas en el presente informe	405
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-13 406
<i>Capítulo</i>	
I. LOS PRINCIPIOS DE HUMANIDAD, NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD.....	14-50 409
A. Neutralidad	26-30 411
B. Imparcialidad.....	31-36 412
C. Humanidad.....	37-50 413
<i>Proyecto de artículo 6. Principios humanitarios en la respuesta a los desastres</i>	50 415
II. DIGNIDAD HUMANA.....	51-62 416
<i>Proyecto de artículo 7. Dignidad humana</i>	62 418
III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO AFECTADO.....	63-101 418
A. Soberanía y no intervención	64-75 418
B. Responsabilidad primordial del Estado afectado.....	76-101 420
1. Dirección, control, coordinación y supervisión.....	79-89 421
2. Consentimiento.....	90-101 423
<i>Proyecto de artículo 8. Responsabilidad primordial del Estado afectado</i>	96 424

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (Ginebra, 22 de agosto de 1864)	CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 19.
Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra (San Petersburgo, 11 de diciembre de 1868)	Ibíd., pág. 323.
Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899)	James Brown Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 100.
Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibíd.

Fuente

Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (Convención VIII) (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibíd.
Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro (Ginebra, 12 de julio de 1927)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 135, n.º 3115, pág. 247.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 13 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (Vilna, 3 de mayo de 2002)	Ibíd., vol. 2246, pág. 110.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Tratado de Amistad y Cooperación en el Asia Sudoriental (Denpasar (Bali), 24 de febrero de 1976)	Ibíd., vol. 1025, n.º 15063, pág. 297.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Uagadugú, 10 de junio de 1998)	Documento OAU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT.1 rev.2 (1997), reproducido en <i>Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR</i> , vol. 3, pág. 1040.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, n.º 24643, pág. 187.
Acuerdo entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia sobre cooperación a través de las fronteras para impedir o limitar los daños a personas, bienes o al medio ambiente en el caso de accidentes (Estocolmo, 20 de enero de 1989)	Ibíd., vol. 1777, n.º 31001, pág. 223.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre (Puerto España, 26 de febrero de 1991)	Ibíd., vol. 2256, n.º 40212, pág. 53.

Fuente

Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)	OEA, <i>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/49 (SEPF).
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2105, n.º 36605, pág. 457. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 61, 11 de marzo de 2000.
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994)	OEA, <i>Documentos oficiales</i> , OEA/Ser.A/55 (SEPF).
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/51/49)</i> , vol. III, resolución 51/229, anexo.
Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre colaboración en materia de asistencia y respuesta de emergencia en caso de desastre natural o provocado por el hombre (Sochi, 15 de abril de 1998)	Disponible en www.bsec-organization.org .
Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2296, n.º 49096, pág. 98.
Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999 (Londres, 13 de abril de 1999)	Ibíd., vol. 2073, n.º A-32022, pág. 205.
Convenio marco de asistencia en materia de protección civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2172, n.º 38131, pág. 213.
Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (Cotonú, 23 de junio de 2000)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , n.º L 317, 15 de diciembre de 2000, pág. 3.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000)	Ibíd., n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.
Carta Árabe de Derechos Humanos (Túnez, 23 de mayo de 2004)	<i>Boston University International Law Journal</i> , n.º 24, pág. 147.
Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (Vientián, 26 de julio de 2005)	<i>ASEAN Documents Series 2005</i> , pág. 157.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2515, n.º 44910, pág. 3.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/61/49)</i> , vol. I, resolución 61/177, anexo.
Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia a los desplazados internos en África (Convención de Kampala) (Kampala, 23 de octubre de 2009)	Disponible en www.au.int .

Obras citadas en el presente informe

CHASKALSON, Arthur	FICR
«Human dignity as a constitutional value», en David Kretzmer y Eckart Klein (eds.), <i>The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse</i> , La Haya, Kluwer, 2002, págs. 133 a 144.	<i>Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial</i> , Ginebra, FICR, 2008.
DE VATTEL, Emer	GROCIO, Hugo
<i>Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos</i> , t. 1, París, Casa de Masson, 1824.	<i>Del derecho de la guerra y de la paz</i> , Madrid, Reus, 1925.
EBERSOLE, Jon M.	HARDCASTLE, Rohan J. y Adrian T. L. CHUA
«The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance», <i>Human Rights Quarterly</i> , vol. 17 (1995), págs. 192 a 208.	«Asistencia humanitaria: hacia el derecho de tener acceso a las víctimas de desastres naturales», <i>Revista internacional de la Cruz Roja</i> , vol. 23 (1998), n.º 148, págs. 633 a 654.
	HENKIN, Louis
	«International human rights as 'rights'», en J. Roland Pennock y John W. Chapman (eds.), <i>Human Rights. Nomos XXIII</i> , Nueva York, New York University Press, 1981, págs. 257 a 280.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Annuaire, vol. 70, t. II, sesión de Brujas, 2003, segunda parte, París, Pedone.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO HUMANITARIO

«Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria», *Revista internacional de la Cruz Roja*, vol. 120 (noviembre-diciembre de 1993), págs. 548 a 555.

McCrudden, Christopher

«Human dignity and judicial interpretation of human rights», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, págs. 655 a 724.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo y Liliana LÓPEZ ORTIZ (eds.)

Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados, t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México y CICR, 2003.

PATRNOGIC, J.

«Protection de la personne humaine au cours des catastrophes naturelles», *Annales de droit international médical*, vol. 27 (1977), págs. 16 a 33.

PICTET, Jean

Los principios fundamentales de la Cruz Roja. Comentario, Ginebra, Instituto Henry-Dunant, 1979.

PLATTNER, Denise

«La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria», *Revista internacional de la Cruz Roja*, vol. 134 (marzo-abril de 1996), págs. 173 a 193.

REY MARCOS, Francisco y Víctor DE CURREA-LUGO

El debate humanitario, Barcelona, Icaria, 2002.

SANDOZ, Yves y otros (eds.)

Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Bogotá, CICR/Plaza & Janés, 2001.

SIMMA, Bruno

«From bilateralism to community interest in international law», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, VI, t. 250, La Haya, Martinus Nijhoff, págs. 217 a 384.

SLIM, Hugo

«Relief agencies and moral standing in war: principles of humanity, neutrality, impartiality and solidarity», *Development in Practice*, vol. 7, n.º 4 (1997), págs. 342 a 352.

STOFFELS, Ruth Abril

«La regulación jurídica de la asistencia humanitaria en los conflictos armados: logros y lagunas», *Revista internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos, 2004, págs. 161 a 189.

THÜRER, Daniel

«La pyramide de Dunant: réflexions sur l'espace humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge: sélection française*, vol. 89 (2007), págs. 51 a 66.

WALKER, Peter y Daniel MAXWELL

Shaping the Humanitarian World, Londres y Nueva York, Routledge, 2009.

Introducción*

1. En su 61.º período de sesiones, celebrado en 2009, la Comisión de Derecho Internacional tuvo ante sí el segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre¹. El informe contenía propuestas sobre tres proyectos de artículos en los que se establecían el alcance y la finalidad del proyecto de la Comisión, se definía «desastre» y su relación con el conflicto armado y se articulaba el principio de cooperación, esencial para la labor que había que realizar.

2. El segundo informe fue examinado por la Comisión en sus sesiones 3015.^a a 3019.^{a2} y los tres proyectos de artículos fueron remitidos al Comité de Redacción. Éste amplió el número de artículos a cinco, lo que ponía de manifiesto el convencimiento de los miembros de que los tres artículos presentados por el Relator Especial abarcaban cinco conceptos diferentes que requerían un tratamiento por separado: el ámbito de aplicación; el objeto; la definición de «desastre»; la relación del proyecto con el derecho internacional humanitario; y la obligación de cooperar. El Comité de Redacción estipuló que había

aprobado el quinto artículo, relativo al deber de cooperar, en la inteligencia de que el Relator Especial propondría un artículo sobre la responsabilidad primordial del Estado afectado, que se incluiría en el conjunto del proyecto de artículos en el futuro. Esos cinco artículos fueron provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción y remitidos al plenario en un informe general presentado por la Presidencia del Comité el 30 de julio de 2009. Después de nuevos debates y debido a la falta de tiempo para la preparación y aprobación de los correspondientes comentarios, la Comisión tomó nota de los proyectos de artículo 1 a 5 en su 3029.^a sesión³. Siguiendo la práctica usual de la Comisión, el texto de los cinco proyectos de artículos no se reprodujo en el informe anual de la Comisión a la Asamblea General. No obstante, se incluyeron en un documento oficial separado⁴.

3. Además de hacer suyos los proyectos de artículos concretos, la Comisión llegó a un acuerdo general sobre ciertos aspectos relativos al alcance y la sustancia del tema. Los miembros respaldaron las conclusiones del Relator Especial relativas a la inaplicabilidad del concepto de deber de proteger en la labor de la Comisión sobre el tema⁵. Además, se consideró que el Relator Especial podía proseguir eficazmente su labor, ocupándose en

* El Relator Especial expresa su agradecimiento por la asistencia que le prestaron en la preparación del presente informe a J. Benton Heath y Shawn Sebastian, doctorandos en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, Nueva York; Ricardo Alarcón Sierra, doctor en Derecho, y René Urueña, Director del Programa de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá; Arjen Vermeer, doctorando, T.M.C. Asser Institute, La Haya, y Paul R. Walegur, La Haya.

¹ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615.

² *Ibíd.*, vol. I.

³ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 152.

⁴ A/CN.4/L.758, mimeografiado.

⁵ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 164.

primer lugar de los Estados, sin perjuicio de las disposiciones concretas relativas a los actores no estatales⁶.

4. En octubre y noviembre de 2009, en el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial y el debate celebrado al respecto en la CDI, haciendo especial hincapié en el primer proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre. Algunos Estados abordaron directamente los cinco artículos provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción, pero, dado que su texto no se había reproducido en el informe anual, otros Estados limitaron en buena medida sus comentarios a los tres artículos inicialmente propuestos por el Relator Especial. Los Estados acogieron favorablemente los progresos realizados por la CDI en un breve período de tiempo y todos los Estados intervinientes siguieron subrayando la importancia y oportunidad del tema.

5. Los Estados expresaron satisfacción por el enfoque basado en dos ejes, según el cual la Comisión se concentraría en primer lugar en los derechos y obligaciones de los Estados entre sí y posteriormente en los derechos y obligaciones de los Estados respecto de los particulares⁷. Además, se subrayó que las relaciones entre Estados seguían siendo una importante característica del socorro en casos de desastre⁸.

6. La mayoría de los Estados expresó apoyo al enfoque del Relator Especial respecto del tema, que se centraba en los derechos y necesidades de los particulares afectados⁹. Se instó a la Comisión a que se abstuviera de intentar enumerar los derechos o grupos concretos de derechos pertinentes para el socorro en casos de desastre¹⁰ y algunos Estados la invitaron a tener debidamente en cuenta los derechos económicos y sociales, que eran los que con mayor probabilidad resultarían afectados en épocas de desastre¹¹. No obstante, otros Estados manifestaron su preferencia por un enfoque basado en necesidades y tenían la esperanza de que las necesidades prácticas de las personas afectadas desempeñarían un papel capital en la futura labor de la Comisión¹². Además, se destacó que un «enfoque basado en los derechos» significaba que los

particulares estaban en condiciones de pedir socorro internacional, concepto que entraba en tensión con los principios de soberanía y no intervención¹³.

7. En relación con el alcance general del tema, muchos Estados estaban de acuerdo con la opinión de que la Comisión debería concentrarse en primer lugar en la respuesta inmediata y la rehabilitación a largo plazo y que habría que dejar para una etapa ulterior los debates sobre la preparación y la prevención para casos de desastre¹⁴. No obstante, algunas delegaciones subrayaron la importancia de la prevención de los desastres y señalaron que esa etapa era bastante pertinente y también debería ser examinada¹⁵. En cuanto al alcance *ratione personae*, los Estados convinieron en que sería útil que la Comisión se centrara en los Estados sin perder de vista a otros agentes¹⁶, aunque se expresó la opinión de que la Comisión debería concentrarse exclusivamente en los derechos y las obligaciones de los Estados¹⁷. La mayoría de los Estados consideraba que la responsabilidad de proteger no era aplicable a la labor que a la sazón se estaba realizando¹⁸.

8. Dado que las delegaciones de los Estados formularon útiles observaciones en relación con la redacción y la orientación de los cinco proyectos de artículos, convendrá examinar a su vez las observaciones de los Estados sobre cada artículo¹⁹. En relación con el proyecto de artículo 1, los Estados acordaron que el alcance del proyecto debería definirse simplemente como «la protección de personas en casos de desastre»²⁰ y que el objeto del proyecto debería articularse en un proyecto de artículo separado²¹. Sin embargo, algunas delegaciones consideraron que las palabras «asistencia» o «la asistencia y el socorro» tal vez fueran más adecuadas que la palabra «protección» en el contexto de los desastres²², sugerencia que entrañaba cambiar la perspectiva de la Comisión sobre el tema y, por consiguiente, el título del tema.

¹³ China, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 21.

¹⁴ China, *ibíd.*, párr. 22; España, *ibíd.*, párr. 48; Irlanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 14, y Portugal, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 83 (excluida la etapa de la prevención). Véase también Francia, *ibíd.*, párr. 20 (debería concentrarse en la respuesta inmediata).

¹⁵ Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 28; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 46; Ghana, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 11, y Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 75.

¹⁶ La Federación de Rusia, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 46, y Portugal, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 82 (hizo hincapié en los agentes no estatales).

¹⁷ China, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 22.

¹⁸ China, *ibíd.*; la República Checa, *ibíd.*, párr. 43; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 46; Ghana, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 12; Irlanda, *ibíd.*, párr. 14; la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 82; Sri Lanka, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 54, y Tailandia, *ibíd.*, párr. 16; no obstante, véase Polonia, *ibíd.*, párr. 76 (sostenía que la responsabilidad de proteger debería aplicarse a los desastres).

¹⁹ Los artículos a los que se hace referencia en el debate siguiente son los provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción e incluidos en el documento A/CN.4/L.758, mimeografiado.

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, Chile, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 28, y Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 7.

²¹ Austria, *ibíd.*, párr. 12; Chile, *ibíd.*, párr. 28, y Hungría, 18.ª sesión (A/C.6/64/SR.18), párr. 60.

²² La República Islámica del Irán, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 80, y el Reino Unido, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 39.

⁶ *Ibíd.*, párr. 167.

⁷ Por ejemplo, la Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 45.

⁸ Austria, *ibíd.*, párr. 11.

⁹ Chile, *ibíd.*, párr. 28; la República Checa, *ibíd.*, párr. 42; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 45; España, *ibíd.*, párr. 49; Portugal, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 82; Tailandia, *ibíd.*, párr. 14; Irlanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 15, y Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 71. La FICR agradeció «el reconocimiento hecho por la Comisión al criterio tradicional de la Federación para la respuesta en caso de desastre, que se basa en las necesidades pero también en los derechos» (*ibíd.*, párr. 30).

¹⁰ Irlanda, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 15, y la Federación de Rusia, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 45.

¹¹ Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 28, y Tailandia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 14. No obstante, véase también la intervención de los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 90, en la que se afirma que, a juicio de ese Estado, si mantuviera ese enfoque, la Comisión tendría que incluir una indicación más específica de esos derechos.

¹² Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 101; Myanmar, *ibíd.*, párr. 2; los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 90, y el Reino Unido, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 38.

9. Muchos Estados consideraron que era necesario un artículo separado, como el proyecto de artículo 2, para abordar el objeto del proyecto²³. Numerosos Estados respaldaron la fusión en el artículo de los enfoques basados en los derechos y las necesidades respecto del socorro en casos de desastre²⁴, en tanto que una delegación destacó que constituía una «buena transacción» entre quienes preferían un enfoque centrado exclusivamente en las necesidades y quienes sostenían que los derechos deberían ser la preocupación fundamental del socorro en casos de desastre²⁵. Se sugirió que el artículo se refiriera a una respuesta «oportuna y efectiva» en lugar de «adecuada y efectiva»²⁶.

10. La definición de «desastre» acordada en el proyecto de artículo 3 fue bien recibida por los Estados²⁷. Algunos Estados estaban de acuerdo con la idea de que la definición debía referirse a un «evento»²⁸, aunque también se expresó la idea de que un desastre debía entenderse en función de sus efectos y no en función de los factores que lo causaban²⁹. Además, los Estados destacaron que la definición debería incluir los daños materiales o ambientales³⁰. Si bien algunos Estados manifestaron que el tema debía centrarse primordialmente en los desastres naturales³¹, la mayoría de ellos estaba de acuerdo en que no era útil la distinción entre desastres causados por el hombre y desastres naturales³². Además, se sugirió que en la definición se incluyeran únicamente los desastres que excedieran la capacidad local de respuesta³³.

11. En general, se reconoció que los conflictos armados no deberían quedar abarcados dentro del proyecto de la Comisión³⁴, aunque los Estados expusieron varias sugerencias sobre el modo de abordar esa cuestión. Algunos acogieron favorablemente el enfoque de la Comisión res-

pecto del proyecto de artículo 4³⁵, pero otros manifestaron que sería más adecuado incluir una cláusula «sin perjuicio»³⁶. Además, algunas delegaciones señalaron que deberían excluirse otras situaciones, tales como los motines y los disturbios internos, así como la legislación en materia de asistencia consular³⁷. Por otra parte, se indicó que la existencia de un conflicto armado no debería impedir la aplicación del proyecto de artículos³⁸.

12. El proyecto de artículo 5 sobre la obligación de cooperar recibió amplio apoyo en la Sexta Comisión, en la que los Estados destacaron que la cooperación era un principio esencial del derecho internacional³⁹. La lista de agentes que cooperaban —incluidas las Naciones Unidas, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y otras organizaciones internacionales y no gubernamentales— fue objeto de aprobación⁴⁰, aunque algunas delegaciones señalaron que la obligación de cooperar con las Naciones Unidas era diferente de la obligación contraída con otros agentes⁴¹. Varios Estados manifestaron dudas y destacaron que la obligación de cooperar recogida en el proyecto de artículo era a la sazón demasiado general y requería aclaraciones⁴². Algunas delegaciones dijeron que la obligación de cooperar debería reexaminarse después de que se hubiesen articulado otras normas y principios⁴³. Por último, se señaló que el proyecto de artículo 5 se refería solamente a las obligaciones de cooperar ya existentes con arreglo al derecho internacional⁴⁴.

13. Varias delegaciones se concentraron en la relación entre la obligación de cooperar y la obligación de aceptar el socorro en casos de desastre. Algunos Estados manifestaron que el principio de cooperación no debería entenderse en el sentido de exigir a un Estado que aceptase la

²³ Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 28; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 45; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 39, e Irlanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 14.

²⁴ La República Checa, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 42; véase también Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 8 (destacó que los países nórdicos eran partidarios del enfoque basado en los derechos respecto de la asistencia, pero podían apoyar la redacción del proyecto de artículo 2, que también subrayaba las necesidades).

²⁵ Véase la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 45.

²⁶ El Reino Unido, *ibíd.*, párr. 39.

²⁷ Véanse, por ejemplo, Chile, *ibíd.*, párr. 29; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 47; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 7, y los Países Bajos, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 91.

²⁸ Véase Austria, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 15 (citando la Carta internacional sobre el espacio y los grandes desastres [disponible en www.disasterscharter.org]); compárese con China, *ibíd.*, párr. 23 (señaló que la Comisión debería concentrarse en los desastres que «golpean sin aviso previo y causan daños graves»).

²⁹ La Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 47.

³⁰ Austria, *ibíd.*, párr. 16; Malasia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 38, y Polonia, *ibíd.*, párr. 73.

³¹ La República Islámica del Irán, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 80; Malasia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 38, y Sri Lanka, *ibíd.*, párr. 54.

³² Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 29; China, *ibíd.*, párr. 23; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 7; Ghana, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 11; Irlanda, *ibíd.*, párr. 17; Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 73, y Tailandia, *ibíd.*, párr. 15.

³³ China, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 23, y la República Bolivariana de Venezuela, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 41.

³⁴ Austria, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 13; España, *ibíd.*, párr. 48, y la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 47.

³⁵ La Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 47, y Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 8.

³⁶ Chile, *ibíd.*, párr. 29; Grecia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 46; Eslovenia, *ibíd.*, párr. 70; los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 91; Ghana, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22) párr. 12, e Irlanda, *ibíd.*, párr. 18.

³⁷ El Reino Unido, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 39 (refiriéndose a la asistencia consular).

³⁸ Francia, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 23.

³⁹ Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 30; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párrs. 9 y 10, y Francia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 24; véase también Nueva Zelanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 71 (el principio fundamental en que se basa el socorro en casos de desastre es la cooperación) y Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 77 («la obligación de cooperar hace referencia a un marco formal para la protección de las personas, mientras que la solidaridad hace referencia a la esencia de esas actividades»). Se complementan entre sí de manera indispensable). No obstante, véase China (la cooperación únicamente como valor moral), 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 24.

⁴⁰ Véase Chile, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 30; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 10, e Irlanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 19.

⁴¹ Francia, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 24; la República Islámica del Irán, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 82, y la República Checa, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 42.

⁴² Austria, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 17; la República Islámica del Irán, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 82; el Japón, 23.ª sesión (A/C.6/64/SR.23), párr. 28, y los Países Bajos, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 91; véase también Myanmar, *ibíd.*, párr. 3.

⁴³ Austria, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 17, y la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 47.

⁴⁴ Francia, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 24, e Irlanda, 22.ª sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 19.

asistencia internacional⁴⁵, aunque otros dijeron que un Estado afectado había de cooperar con los agentes internacionales si no deseaba o no podía prestar asistencia a su propia población⁴⁶. A este respecto, varios Estados

⁴⁵ China, *ibíd.*, 20.^a sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 24; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 38; la República Islámica del Irán, 22.^a sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 82, y Myanmar, 21.^a sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 3; véanse también Cuba, *ibíd.*, párr. 10 (destacó que debía «primar» el respeto a la soberanía y la autodeterminación de los Estados), y la República Bolivariana de Venezuela, *ibíd.*, párr. 42 («si bien los principios de soberanía y de no intervención no podrían servir como excusa para negar el acceso de las víctimas a la asistencia, el consentimiento previo del Estado donde ocurra el desastre es esencial en la prestación de dicha asistencia»).

⁴⁶ Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 20.^a sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 10; Grecia, 21.^a sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 48, y Polonia, *ibíd.*, párr. 76.

sugirieron que el Relator Especial estableciera la responsabilidad primordial del Estado afectado de proteger a las personas que se encontraran en su territorio⁴⁷. Además, recomendaron que el Relator Especial se ocupara de otros principios relacionados con el socorro en casos de desastre, como la humanidad, la neutralidad, la imparcialidad, la soberanía y la no intervención⁴⁸.

⁴⁷ La República Checa, *ibíd.*, 20.^a sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 42, y Sri Lanka, 21.^a sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 54; véase también Rumania, 22.^a sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 25 (destaca que será importante lograr un equilibrio entre la cooperación y la responsabilidad de los Estados afectados).

⁴⁸ China, *ibíd.*, 20.^a sesión (A/C.6/64/SR.20), párr. 24; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 10; los Estados Unidos, 21.^a sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 101, y Nueva Zelandia, 22.^a sesión (A/C.6/64/SR.22), párr. 71.

CAPÍTULO I

Los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad

14. Teniendo en cuenta las opiniones coincidentes manifestadas en la CDI y la Sexta Comisión al examinar el segundo informe del Relator Especial, el Relator procederá ahora a delimitar en el presente informe, como ya anunció en el anterior, «los principios que inspiran la protección de las personas en casos de desastre, en su aspecto relacionado con las personas que necesitan protección»⁴⁹.

15. La respuesta a los desastres, en particular la asistencia humanitaria, ha de ajustarse a ciertos requisitos para que haya un equilibrio entre los intereses del Estado afectado y de los agentes que prestan asistencia. Los requisitos que han de cumplir las actividades específicas que se realizan como parte de la respuesta a los desastres encuentran su origen en los principios humanitarios de humanidad, neutralidad e imparcialidad.

16. Teniendo presente que la finalidad de la respuesta a los desastres, tal como se indica en el proyecto de artículo 2 provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción, es atender las necesidades básicas de las personas afectadas, respetando plenamente sus derechos, el concepto de «respuesta humanitaria» se utiliza aquí para indicar que su alcance va más allá de lo que generalmente se entiende por asistencia humanitaria, que constituye únicamente el «conjunto mínimo de *suministros* de socorro»⁵⁰.

17. Los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad son los principios rectores que entran en juego respecto de la respuesta humanitaria en situaciones de desastre⁵¹. En los debates celebrados recientemente sobre la reafirmación, el respeto y la puesta en práctica de los principios aplicables a la respuesta humanitaria se destaca la importancia atribuida a su inclusión en cualquier

trabajo sobre el tema⁵². Tal como se indicaba en el informe de 2009 del Secretario General, titulado Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, presentado a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social:

[E]l respeto y la aplicación de los principios humanitarios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia son esenciales para garantizar la distinción entre la acción humanitaria y otras actividades, de modo que se preserven el espacio y la integridad necesarios para prestar asistencia humanitaria eficaz a la población necesitada (véase la resolución 46/182 de la Asamblea General)⁵³.

18. Esos principios humanitarios, inicialmente recogidos en el derecho internacional humanitario⁵⁴ y en los principios fundamentales de la Cruz Roja⁵⁵, se utilizan profusamente y se aceptan en diversos instrumentos internacionales en el contexto de la respuesta a los desastres⁵⁶.

⁵² Véanse, por ejemplo, los debates que tuvieron lugar en el período de sesiones sustantivo del Consejo Económico y Social, 20 a 22 de julio de 2009 (los comunicados de prensa pueden consultarse en www.un.org/en/ecosoc/julyhls/2009newsroom.shtm). Asimismo, es ilustrativo el encabezamiento de un comunicado de prensa de las Naciones Unidas sobre el período de sesiones sustantivo del Consejo celebrado en julio de 2008 (ECOSOC/6362), que dice lo siguiente: «ECOSOC: Varios Estados insisten acerca del respeto a los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia implícitos en la ayuda humanitaria», disponible en www.un.org/News/fr-press/docs/2008/ECOSOC6362.doc.htm.

⁵³ A/64/84-E/2009/87, párr. 23.

⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 70, párr. 1, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), se refiere a «acciones de socorro que tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable» y el artículo 18, párr. 2, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), se refiere a «acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable».

⁵⁵ Resolución IX de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (*Resoluciones*, Viena, 1965).

⁵⁶ Por lo que respecta a la referencia a «los principios del derecho internacional humanitario» aplicables a la asistencia en todos los casos

⁴⁹ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615, párr. 71.

⁵⁰ Slim, «Relief agencies and moral standing in war: principles of humanity, neutrality, impartiality and solidarity», pág. 346; véase también Rey Marcos y de Curra-Lugo, *El debate humanitario*, pág. 53.

⁵¹ Memorando de la Secretaría, *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 11, donde se incluyen referencias a los instrumentos pertinentes.

En particular, los instrumentos indicados por la Secretaría en su estudio preparatorio sobre el tema ponen de manifiesto su importancia en las situaciones de desastre⁵⁷. En un instrumento más reciente, de 2009, a saber, la Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia a los desplazados internos en África (Convención de Kampala), se dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 5, párr. 7

Los Estados Parte tomarán las medidas necesarias para organizar eficazmente actividades de socorro con carácter humanitario e imparcial. [...]

Artículo 5, párr. 8

Los Estados Parte respaldarán los principios humanitarios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia de los agentes humanitarios y garantizarán el respeto de tales principios.

[...]

Artículo 6, párr. 3

Las organizaciones internacionales y los organismos humanitarios se ajustarán a los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia de los agentes humanitarios y garantizarán el respeto de las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes⁵⁸.

19. En el memorando de la Secretaría se delimitan esos principios en el contexto de las «normas internacionales que regulan la prestación de socorro en casos de desastre». Por ejemplo, se recuerdan expresamente las resoluciones de la Asamblea General 43/131, de 8 de diciembre de 1988; 45/100, de 14 de diciembre de 1990; y 46/182, de 19 de diciembre de 1991⁵⁹. En particular, debe subrayarse la referencia a la resolución 46/182, en cuyo anexo, párr. 2, se establece que «[l]a asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad». Así pues, la Asamblea General ha desarrollado la práctica consistente en incluir esos tres principios al referirse a la asistencia humanitaria, incluso en situaciones de desastres naturales⁶⁰.

20. En relación con la resolución 46/182, tales principios también figuran como «principios básicos» en las *Directrices sobre la Utilización de Recursos Militares y de Defensa Civil Extranjeros para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre*⁶¹, de 2003, y en las *Directrices de Oslo*, de 2006⁶².

(Continuación de la nota 56.)

de desastre, véase el artículo 72, párr. 2, del Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra. El Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999, se refiere en su artículo VIII, apdo. d, a los «principios humanitarios» aplicables al suministro de alimentos en situaciones de emergencia.

⁵⁷ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párrs. 10 a 16.

⁵⁸ Véase también el artículo 3, párr. 1, apdos. c y d de la Convención.

⁵⁹ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 11; véanse también los párrafos 10, 12 a 15, y la nota 36.

⁶⁰ Las últimas resoluciones de la Asamblea General al respecto son las siguientes: 63/139 y 63/141, de 11 de diciembre de 2008, y 64/74 y 64/76, de 7 de diciembre de 2009.

⁶¹ OCAH, *Directrices sobre la Utilización de Recursos Militares y de Defensa Civil Extranjeros para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre*, párrs. 22 a 24; véanse también los párrafos 2, 27, 28, 32 y 33.

⁶² OCAH, *Directrices para la utilización de recursos militares y de la defensa civil extranjeros en operaciones de socorro en caso de*

21. Esas Directrices contienen referencias a otros instrumentos que incluyen el mismo conjunto de principios en este contexto, como los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁶³. Otro instrumento ampliamente reconocido en la esfera de la respuesta a los desastres es el Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales⁶⁴. El Código de conducta contiene diez principios, incluidos los de humanidad, imparcialidad y no discriminación, que deben orientar la actuación de las organizaciones firmantes. En el momento de la redacción del presente informe, había 481 firmantes⁶⁵.

22. Es de destacar que las Directrices de la FICR sobre el derecho internacional relativo a la respuesta en casos de desastre contienen referencias a los tres principios humanitarios⁶⁶. No obstante, cabe señalar que la FICR ha incluido elementos particulares dimanantes de esos principios, que figuran en diferentes instrumentos⁶⁷. La directriz 4, párr. 2, dispone que los actores que presten asistencia deberían velar por que su socorro en casos de desastre y su asistencia para la recuperación inicial se suministren de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y en particular: a) que las prioridades de ayuda se determinen exclusivamente en función de las necesidades; b) que se suministren sin discriminación alguna (por ejemplo, por razones de nacionalidad, raza, etnia, creencias religiosas, clase, género, discapacidad, edad u opiniones políticas) a todos los damnificados por un desastre; c) que se suministren sin intención de propiciar un punto de vista político o religioso determinado, intervenir en los asuntos internos del Estado afectado u obtener un lucro comercial de la asistencia de beneficencia; y d) que no se empleen como medio para obtener información sensible de naturaleza política, económica o militar que no guarde relación con las operaciones de socorro en casos de desastre o de asistencia para la recuperación inicial.

23. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), la CIJ se refirió a «los fines consagrados por la práctica de la Cruz Roja» en el contexto de la asistencia humanitaria «para no tener el carácter de una intervención condenable en los asuntos internos» del Estado afectado. La Corte especificó que esos fines incluían «prevenir y

desastre (Directrices de Oslo), Rev.1.1, noviembre de 2007, párrs. 1, 20, 22, 79, 80, 93 y 95.

⁶³ Junto con los principios de independencia, servicio voluntario, unidad y universalidad, la humanidad, la neutralidad y la imparcialidad constituyen los siete principios fundamentales codificados en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

⁶⁴ Aprobado en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra del 3 al 7 de diciembre de 1995 (*Revista internacional de la Cruz Roja* vol. 36, n.º 310 (1996), anexo VI).

⁶⁵ http://www.ifrc.org/Global/Publications/disasters/code-of-conduct/codeconduct_signatories.pdf.

⁶⁶ *Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial*.

⁶⁷ FICR, *Annotations to the Draft Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance*, versión de 26 de octubre de 2007; disponible en http://www.pacificdisaster.net/pdnadmin/data/original/IFRC_2007Oct26_annotations_draftguide.pdf.

aliviar el sufrimiento humano» y «proteger la vida y la salud, además de hacer respetar a toda persona». Por otra parte, la asistencia humanitaria debía prodigarse «sin discriminación a todos los que la necesiten»⁶⁸.

24. En su comentario sobre los principios de la Cruz Roja, Pictet distingue entre lo que denomina principios sustantivos y principios derivados⁶⁹. Los principios sustantivos son, para este autor, la humanidad y la imparcialidad, en tanto que la neutralidad es considerada un principio derivado «para plasmar los principios sustantivos en una realidad fáctica»⁷⁰.

25. Así pues, la respuesta a los desastres en todas las etapas queda condicionada por esos tres principios humanitarios con objeto de mantener la legitimidad y la eficacia de esa respuesta. Para que se comprendan mejor esos principios, especialmente en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre, a continuación se lleva a cabo una explicación de ellos. Para lograr una mayor coherencia general en la presentación de este informe, los principios no se examinan forzosamente en el orden que suele seguirse cuando se mencionan los tres juntos.

A. Neutralidad

26. Para describir el principio de neutralidad, el CICR dice que la respuesta humanitaria «se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o filosófico»⁷¹. Eso muestra su pertinencia no sólo respecto de situaciones de conflicto armado, sino también respecto de otras situaciones de desastre. Se deja claro que la neutralidad entraña la abstención. La neutralidad entre beligerantes puede entrar en juego cuando se considera que las personas afectadas por un conflicto armado pueden llegar a ser víctimas de otro desastre. El proyecto de artículo 3 provisionalmente aprobado no excluye esa situación⁷². En tal caso, los agentes que prestan asistencia han de ser neutrales.

27. Además, la neutralidad no confiere legitimidad a una autoridad ni la priva de ella. La respuesta humanitaria tampoco debe utilizarse para intervenir en los asuntos internos de un Estado. Tal como ha explicado la doctrina:

Sin embargo, [las medidas humanitarias de socorro] tienen como consecuencia la protección de la vida humana, la protección de las víctimas de los desastres naturales, de las víctimas que no se pueden proteger por sí mismas o de las víctimas que tienen necesidad de una protección especial. Es evidente que el principio de neutralidad no podrá ser interpretado como una medida que no está condicionada por el respeto de los demás principios fundamentales de los derechos humanos. La dependencia de ese principio del respeto de la soberanía de los Estados es indudable⁷³.

28. Así pues, las medidas adoptadas en respuesta a los desastres no son actos partidistas ni políticos y tampoco

⁶⁸ Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 125, párr. 243. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

⁶⁹ Pictet, *Los principios fundamentales de la Cruz Roja. Comentario*, págs. 10 y 11.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Resolución VIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (*Resoluciones*, Viena, 1965).

⁷² Véase la nota 4 *supra*.

⁷³ Patrógic, «Protection de la personne humaine au cours des catastrophes naturelles», pág. 19.

los reemplazan⁷⁴. Por el contrario, la observancia del principio de neutralidad debería facilitar una respuesta adecuada y eficaz. Es un medio para alcanzar un fin: acceder a las personas cuyas necesidades básicas deben atenderse y establecer al mismo tiempo condiciones de seguridad para quienes proporcionan la asistencia de socorro. Paralelamente, obliga a los agentes que prestan la asistencia a hacer todo lo posible para que sus actividades no se utilicen con fines distintos a los de responder al desastre de conformidad con los principios humanitarios. Según expone Plattner:

Volviendo sobre la esencia de la neutralidad y admitiendo que englobe sus eventuales consecuencias en tiempo de paz, podemos considerarla «en el sentido de un deber de abstenerse de todo acto que, en cualquier situación conflictiva, pueda interpretarse como a favor de los intereses de una de las partes en conflicto o en detrimento de los intereses de la otra»⁷⁵.

29. En las situaciones de desastre distintas de un conflicto armado⁷⁶, puede extraerse la conclusión de que quienes responden a los desastres deben abstenerse de realizar cualquier acto que pueda interpretarse como interferencia con los intereses del Estado. Por su parte, el Estado afectado ha de respetar el carácter humanitario de las actividades de respuesta, «no sometiendo la misma a condiciones que la hagan perder su neutralidad material o ideológica»⁷⁷. Los intereses de los damnificados por los desastres, delimitados en función de sus necesidades y sus derechos, son la máxima preocupación del Estado afectado y de todo agente que preste asistencia.

30. La neutralidad no carece de un sustrato moral ni es impracticable. A este respecto, el principio de la neutralidad constituye el mecanismo operacional para poner en práctica el ideal de humanidad. Por consiguiente, el principio de neutralidad es considerado un principio humanitario esencial por diferentes agentes, incluidos los Estados donantes⁷⁸. Buen ejemplo de ello es el Reglamento de la UE sobre la ayuda humanitaria⁷⁹. En él se expone el objetivo humanitario y se hace referencia a los principios de no discriminación e imparcialidad. Además, en el Reglamento se señala expresamente que la ayuda humanitaria «en ningún caso estará condicionada o subordinada a consideraciones de naturaleza política»⁸⁰. El principio también se recoge en diferentes resoluciones de la Asamblea

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, «Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria». El párrafo 5 del preámbulo dice que «poniendo de relieve que la asistencia humanitaria, por lo que atañe tanto a los que la prestan como a quienes la reciben, siempre debe avenirse con los principios inherentes a todas las actividades humanitarias, es decir, a los principios de humanidad, de neutralidad y de imparcialidad, y que las consideraciones políticas no deben prevalecer sobre esos principios» (*ibid.*, pág. 550).

⁷⁵ Plattner, «La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria», pág. 177, citando a H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, París, 1970, pág. 392.

⁷⁶ Como puso de manifiesto el proyecto de artículos provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción, el proyecto de artículo 4 excluye de su ámbito las situaciones de conflicto armado.

⁷⁷ Stoffels, «La regulación jurídica de la asistencia humanitaria en los conflictos armados: logros y lagunas», pág. 188.

⁷⁸ Walker y Maxwell, *Shaping the Humanitarian World*, pág. 139.

⁷⁹ Reglamento (CE) n.º 1257/96 del Consejo, de 20 de junio de 1996, sobre la ayuda humanitaria, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 163, 2 de julio de 1996, pág. 1.

⁸⁰ *Ibid.*, décimo párrafo del preámbulo.

General⁸¹. En consonancia con el objetivo de este tema, tal como ha sido definido provisionalmente por el Comité de Redacción⁸², la neutralidad es, por consiguiente, un principio operacional clave para lograr el acceso a los damnificados por los desastres de manera imparcial.

B. Imparcialidad

31. La respuesta a los desastres debe basarse en la satisfacción de las necesidades y el pleno respeto de los derechos de los afectados, otorgando prioridad a los casos de dificultad más urgentes. Suele considerarse que el principio de imparcialidad abarca tres principios diferentes: la no discriminación, la proporcionalidad y la imparcialidad propiamente dicha. Esos tres componentes se examinan someramente a continuación.

32. Los orígenes modernos del principio de no discriminación también se encuentran en el desarrollo del derecho internacional humanitario. El Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña obedeció a la necesidad de socorrer a los heridos y enfermos de manera no discriminatoria. Se reconocía el principio de que, independientemente de su nacionalidad, todos los heridos y enfermos habían de ser atendidos. A partir de entonces, el principio de no discriminación se desarrolló en el marco del derecho internacional humanitario y posteriormente de las normas de derechos humanos. Dicho principio se hace eco de la igualdad de todos los seres humanos y de la prohibición de hacer distinciones desfavorables entre ellos. Además, se ampliaron las causas de discriminación que quedaban prohibidas, las cuales pasaron a ser no exhaustivas⁸³. Esas causas incluyen la no discriminación respecto del origen étnico, el sexo, la nacionalidad, las opiniones políticas, la raza o la religión⁸⁴. Eso no significa que, en determinadas circunstancias y en función de las necesidades especiales de ciertos grupos de víctimas, no se les pueda o no se les deba dispensar un trato preferencial. Pueden exponerse numerosos ejemplos referidos al derecho internacional humanitario y a las normas de derechos humanos, pero resulta ilustrativa la protección especial de que son objeto los niños⁸⁵. Todos los

instrumentos de derechos humanos y ciertamente las normas individuales de derechos humanos tienen en cuenta el principio de no discriminación de manera explícita o implícita. Así pues, el principio ha adquirido la condición de disposición fundamental de las normas internacionales de derechos humanos⁸⁶.

33. El principio de no discriminación también se recoge en la Carta de las Naciones Unidas. El Artículo 1, párrafo 3, establece que uno de los propósitos de la Organización es:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*⁸⁷.

Se utiliza una redacción similar en el Artículo 55, apartado c, de la Carta.

34. En el contexto de los desastres, algunos convenios incluyen el principio de no discriminación como principio general de la prestación de socorro en casos de desastre⁸⁷. Paralelamente, el Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro deja claro que la Unión actúa «en beneficio de toda la población afectada, cualesquiera que sean su nacionalidad y raza e independientemente de toda distinción social, política o religiosa»⁸⁸.

35. El segundo componente del principio de imparcialidad es el principio de proporcionalidad. En el contexto de este principio, se reconoce que la respuesta ha de ser proporcionada al grado de sufrimiento y de urgencia⁸⁹. En otras palabras, las actividades de respuesta han de ser proporcionadas a las necesidades de la población en el tiempo y en el espacio⁹⁰. En tanto que la humanidad y la no discriminación entrañan un socorro instantáneo y completo para todo el mundo, el principio de proporcionalidad actúa como un mecanismo distributivo esencial para poner en práctica esos principios cuando tal vez no se disponga de tiempo ni de recursos suficientes. Lamentablemente, esto es más la norma que la excepción en los casos de desastre. Así pues, puede realizarse una distinción basada en el grado de necesidad. El principio en cuestión se manifiesta, por ejemplo, en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de

⁸¹ En particular, la resolución 46/182 y las resoluciones posteriores aprobadas en relación con el tema «Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas» (véase la nota 60 *supra*).

⁸² Véase la nota 4 *supra*.

⁸³ Es ejemplar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 21, párr 1, se dispone lo siguiente: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁸⁴ Véanse, entre otros, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949; el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 2, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 2, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, el artículo 77 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); el artículo 4, párr. 3, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); y la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸⁶ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/24 (Part I), cap. III), párr. 15.

⁸⁷ Convenio marco de asistencia en materia de protección civil, art. 3, apdo. c, y Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre colaboración en materia de asistencia y respuesta de emergencia en caso de desastre natural o provocado por el hombre, art. 3, párr. 4. Véase también el proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia (A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2), art. 5, párr. 1, apdo. c. Véase además el Acuerdo entre la República de China y los Estados Unidos de América relativo a la asistencia de socorro de los Estados Unidos al pueblo chino (Nanking, 27 de octubre de 1947, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 12, n.º 178, pág. 11), cuyo artículo II, apdo. d, se refiere al principio de no discriminación y, a este respecto, manifiesta que los suministros no pueden utilizarse para fines distintos de la prestación de socorro durante el tiempo necesario.

⁸⁸ Art. 3, primer párrafo; aquí también se puede identificar el principio de neutralidad en el sentido de que el único objetivo del socorro es la «población afectada».

⁸⁹ Pictet, *op. cit.*, pág. 37.

⁹⁰ Stoffels, *op. cit.*, pág. 185.

Derecho Internacional en Brujas (Bélgica) en 2003. En su artículo II, párr. 3, se dispone lo siguiente:

La asistencia humanitaria se ofrecerá y, en caso de ser aceptada, se distribuirá sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, al tiempo que se tendrán en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables⁹¹.

36. El último de los tres elementos constitutivos del principio de imparcialidad se refiere a la obligación de no hacer una distinción subjetiva (por contraposición a las distinciones objetivas a que se refiere el principio de no discriminación) entre personas tomando como base criterios distintos de la necesidad. Se trata de la imparcialidad en sentido estricto. El memorando de la Secretaría ha desarrollado este aspecto⁹².

C. Humanidad

37. La humanidad es un principio de larga data en el derecho internacional. Según Grocio, ha estado presente como principio general durante milenios⁹³. En su sentido contemporáneo, la humanidad es la piedra angular de la protección de las personas en el derecho internacional, ya que sirve de punto de articulación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es un elemento de inspiración necesario para el desarrollo de mecanismos de protección de las personas en casos de desastre.

38. El principio de humanidad pasó a ocupar un lugar central dentro del régimen jurídico internacional con el desarrollo del derecho internacional humanitario. El principio quedó recogido en la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra⁹⁴ y en el preámbulo de la Convención (II) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, aprobada por la Primera Conferencia de Paz de La Haya en 1899, de la que derivó la cláusula Martens⁹⁵. Además, la humanidad es uno de los principios fundamentales del CICR y de la FICR⁹⁶.

39. El principio de humanidad se manifiesta de la manera más clara en la necesidad de tratar humanamente a los civiles y las personas fuera de combate, establecida por el derecho internacional humanitario. La obligación del trato humano figuraba en el Código de Lieber (art. 76)⁹⁷, y se recoge en el artículo 3, párr. 1, apdo. c, común a los

⁹¹ *Annuaire*, pág. 268.

⁹² *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párrs. 14 y 15.

⁹³ Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*, t. III, cap. XI.

⁹⁴ «[H]abiendo fijado esta Comisión, de común acuerdo, los límites técnicos en que deben detenerse las necesidades de la guerra ante las exigencias de la humanidad» (primer párrafo).

⁹⁵ «Esperando que un código más completo pueda ser redactado, en lo que concierne a sus leyes, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre [n]aciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.» Véase también el preámbulo de la Convención (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptada en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, en 1907.

⁹⁶ Véase Pictet, *op. cit.*

⁹⁷ Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (1863), en Méndez Silva y López Ortiz (eds.),

Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. Paralelamente, la obligación está presente en el artículo 12, párr. 2, del Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); el artículo 12, párr. 2, del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); el artículo 13 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III); y el artículo 5 y el artículo 27, párr. 1, del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV). Además, se reconoce en el artículo 75, párr. 1, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el artículo 4, párr. 1, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

40. El principio del trato humano, establecido por el derecho internacional humanitario en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, es una expresión de los valores generales que orientan el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia subrayó esa vinculación cuando manifestó lo siguiente en la causa *Aleksovski*:

La lectura del párrafo 1 del artículo 3 común muestra que su objetivo es defender y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Establece que ha de dispensarse un trato humano sin discriminación basada en «la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo». En lugar de definir el trato humano que queda garantizado, los Estados partes optaron por prohibir formas particularmente odiosas de maltrato que son incuestionablemente incompatibles con el trato humano. En el comentario del Convenio IV de Ginebra se explica que las delegaciones en la Conferencia Diplomática de 1949 intentaron aprobar una redacción flexible pero, al mismo tiempo, suficientemente precisa sin entrar en demasiado detalle. Ello era así porque «cuanto más específica y completa se intente que sea una lista, más restrictiva pasa a ser». Así pues, aunque hay cuatro apartados en los que se especifican las formas absolutamente prohibidas de trato inhumano, que no admiten excepciones, no se define la garantía general del trato humano, salvo a través del principio rector que subyace en el Convenio, esto es, su objetivo humanitario de proteger al individuo en su calidad de ser humano y, por consiguiente, la obligación de salvaguardar los derechos que dimanen de ello⁹⁸.

41. La humanidad como principio jurídico no se limita a la obligación del trato humano en un conflicto armado, sino que orienta el ordenamiento jurídico internacional tanto en la guerra como en la paz. La aplicabilidad general del principio de humanidad quedó claramente establecida desde un primer momento por la CIJ, que en el caso *Détroit de Corfou* manifestó lo siguiente:

Las obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, en beneficio de la navegación en general, la existencia de una zona minada en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del inminente peligro al que quedaban expuestos a resultas de la zona minada. Esas obligaciones se basan no en la Convención VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales y bien

Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados, pág. 5.

⁹⁸ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, causa n.º IT-95-14/1-T, fallo de 25 de junio de 1999, párr. 49.

reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra⁹⁹.

42. La misma premisa fue confirmada por la CIJ en decisiones posteriores. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), la Corte señaló que el artículo 3 común ponía de manifiesto valores más generales, ya que ese artículo, según las palabras de la Corte,

define ciertas normas aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional. No cabe duda de que, en el caso de conflictos armados internacionales, esas normas también constituyen un mínimo denominador común, además de las normas más concretas que también se aplican a los conflictos internacionales; y se trata de normas que, en opinión de la Corte, se hacen eco de lo que en 1949 la Corte denominó «consideraciones elementales de humanidad»¹⁰⁰.

43. Esas consideraciones elementales de humanidad constituyen el denominador común del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Para la CIJ, ese denominador común entraña que los derechos humanos son también aplicables en el contexto de un conflicto armado. En su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, de 1996, la Corte señaló que:

la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, salvo que se aplique el artículo 4 del Pacto, a cuyo tenor pueden dejarse en suspenso determinadas disposiciones en situaciones de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no entra dentro de tales disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, el criterio de lo que es una privación arbitraria de la vida viene determinado por la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en un conflicto armado y cuya finalidad es regular el desarrollo de las hostilidades. Así pues, para determinar si un caso concreto de muerte por la utilización de cierta arma en tiempo de guerra es una privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, únicamente cabe remitirse a la ley aplicable a los conflictos armados y no puede deducirse de los términos del propio Pacto¹⁰¹.

44. Esa opinión ha sido desde entonces un postulado básico del enfoque de la CIJ respecto de la protección de las personas con arreglo al derecho internacional. En su opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, de 2004, la Corte confirmó que la protección de la humanidad de los individuos inspiraba el ordenamiento jurídico internacional. De hecho, para la Corte,

la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario¹⁰².

⁹⁹ *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1949, pág. 22; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 7.

¹⁰⁰ Fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1986, pág. 113, párr. 218.

¹⁰¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1996, pág. 240, párr. 25; véase también C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 111.

¹⁰² *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 2004, pág. 178, párr. 106.

45. Ese enfoque no se limita a las opiniones consultivas. La CIJ utilizó el mismo razonamiento en 2005 en su fallo *Activités armées sur le territoire du Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda). En ese fallo, la Corte aplicó el principio establecido en su opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, de 2004, en los términos siguientes:

La Corte recuerda en primer lugar que tuvo la ocasión de ocuparse de las cuestiones de la relación entre el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos y de la aplicabilidad de los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos fuera del territorio nacional en su opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, de 9 de julio de 2004.

[...]

Así pues, la Corte llegó a la conclusión de que habían de ser tenidas en cuenta ambas ramas del derecho internacional, a saber, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Además, la Corte determinó que los instrumentos internacionales de derechos humanos eran aplicables «respecto de los actos realizados por un Estado en ejercicio de su competencia fuera de su territorio», particularmente en los territorios ocupados¹⁰³.

46. El papel central de la humanidad como fundamento esencial de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario también ha sido aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, la Corte Interamericana consideró que

[h]ay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes)¹⁰⁴.

Abundando en ese precedente, en el caso *Masacre de Mapiripán* la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la responsabilidad del Estado se basaba en el deber de diligencia expresamente indicado en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y su Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)¹⁰⁵. Paralelamente, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, la Corte Interamericana también ordenó la adopción de medidas provisionales sobre la base del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, después de determinar que existía un conflicto armado en el Estado¹⁰⁶.

47. Habida cuenta de los precedentes mencionados, el Relator Especial considera que el enfoque sugerido por la

¹⁰³ *Activités armées sur le territoire du Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda), fallo, C.I.J. Recueil 2005, págs. 242 y 243, párr. 216.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C n.º 70, párr. 209.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n.º 134, párr. 114.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolución dictada en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia*, 2 de febrero de 2006, párr. 6.

CIJ y otros tribunales internacionales también es aplicable a la protección de las personas en casos de desastre. La humanidad es un principio establecido en el derecho internacional, aplicable tanto a los conflictos armados como a las situaciones de paz, y podría ser de utilidad para orientar la labor que se está llevando a cabo. Resulta esencial para el derecho internacional humanitario y justifica la aplicación del derecho de los derechos humanos en los conflictos armados. No obstante, el Relator Especial observa también que, en lo concerniente a la protección de las personas en los casos de desastre, la Comisión ha establecido claras orientaciones en el sentido de que el conflicto armado ha de quedar excluido de la materia abarcada por la labor que se está realizando¹⁰⁷. Así pues, después de haberse observado que la humanidad puede servir de principio rector y siguiendo las indicaciones de la Comisión, es importante destacar el papel de ese principio en un contexto distinto del de un conflicto armado, que constituye ciertamente la piedra angular de la protección de las personas con arreglo al derecho internacional.

48. El punto de partida para la protección de las personas en casos de desastre se formula en el proyecto de artículo 3 provisionalmente aprobado («Definición de desastre»)¹⁰⁸. La pérdida generalizada de vidas, los grandes sufrimientos y penurias de carácter humano o los daños materiales o ambientales en gran escala (en relación con las personas afectadas) justifican que la Comisión haya incluido este tema en su programa de trabajo¹⁰⁹. Varios instrumentos pertinentes para el contexto particular de la respuesta humanitaria comparten la idea de que

[e]s preciso aliviar el sufrimiento humano dondequiera que ocurra, con especial atención a los sectores más vulnerables de la población, como los niños, las mujeres y las personas mayores. Deben respetarse y protegerse la dignidad y los derechos de todas las víctimas¹¹⁰.

49. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha definido la humanidad como un esfuerzo destinado a «prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias, [...] a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana»¹¹¹. El hecho de que ese principio ya parezca tener en cuenta necesidades y derechos también puede estar implícito en el comentario de Pictet de que el principio exige el respeto de «su vida, de su libertad, de su honor [de la persona]; en una palabra, de todo lo que integra la existencia»¹¹². Así pues, el principio de humanidad no sólo abarca una pretensión material o física, sino que también

se extiende a los derechos¹¹³. De conformidad con el objeto consignado en el proyecto de artículo 2 provisionalmente aprobado¹¹⁴, la respuesta a las tres etapas de un desastre se concentra en las «necesidades esenciales» de las personas afectadas por desastres «con pleno respeto a sus derechos». Ambos aspectos se recogen en varios documentos¹¹⁵. Pictet ha atribuido tres elementos al principio de humanidad: prevenir y mitigar los sufrimientos, proteger la vida y la salud y garantizar el respeto del individuo¹¹⁶. Así pues, la protección sirve para afianzar la dignidad humana¹¹⁷. En cierto sentido, la incorporación del principio de humanidad a uno de los proyectos de artículos que deben aprobarse en relación con el tema respalda la idea fundamental de la cláusula Martens¹¹⁸. El concepto de humanidad o, mejor dicho, su reconocimiento como objetivo y principio del derecho internacional figura en numerosos convenios¹¹⁹, resoluciones de la Asamblea General¹²⁰ y en la práctica de las cortes y los tribunales¹²¹. Por consiguiente, el principio de humanidad sirve de recordatorio permanente de la finalidad del tema que se examina.

50. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 6 relativo a los principios humanitarios en la respuesta a los desastres.

Proyecto de artículo 6.

Principios humanitarios en la respuesta a los desastres

La respuesta a los desastres tendrá lugar de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad.

¹¹³ Ello ha dado lugar a que un experto en la materia llegara a la conclusión de que «[s]i no se reconoce el elemento de humanitarismo de todos los tipos de derechos, los reduccionistas del ámbito humanitario realmente restringirán al mínimo los derechos de aquellos a quienes intentan ayudar» (Slim, *loc. cit.*, pág. 345).

¹¹⁴ Véase la nota 4 *supra*.

¹¹⁵ Por ejemplo, la resolución S-11/1 del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/S-11/2), en cuyo preámbulo se indica que «tras la cesación de las hostilidades, la prioridad, por lo que hace a los derechos humanos», sigue siendo la prestación de asistencia para el socorro y la rehabilitación de las personas afectadas por el conflicto» (párrafo decimotercero), y se enumeran ejemplos de asistencia humanitaria (agua potable, saneamiento, alimentos y servicios de asistencia médica y de salud) en respuesta a las necesidades de los desplazados internos (párrafo decimocuarto). Es interesante destacar que el Consejo de Derechos Humanos calificó esos tipos de asistencia únicamente de «asistencia humanitaria básica». Véase también los Criterios de Mohonk (nota 110 *supra*).

¹¹⁶ Pictet, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

¹¹⁷ Thürer explica así el principio de humanidad: «El principio de humanidad se asienta sobre la idea de la dignidad humana, vinculándola con el derecho constitucional de los Estados modernos, basado en el imperio de la ley, y con las normas internacionales de derechos humanos» («La pyramide de Dunant: réflexions sur l'espace humanitaire», pág. 61); véase también el capítulo II *infra*.

¹¹⁸ Véase la nota 95 *supra*.

¹¹⁹ En particular, los tratados sobre derechos humanos y derecho humanitario.

¹²⁰ En particular, la resolución 46/182 de la Asamblea General y las resoluciones posteriores aprobadas en relación con el tema «Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas»; véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párrs. 10 a 15, y las notas 53 y 60 *supra*.

¹²¹ Véanse, por ejemplo, los casos *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1949, pág. 22, en el que la CIJ destacó «consideraciones elementales de humanidad», y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1986, pág. 113, párr. 218; y la causa *Aleksovski* (nota 98 *supra*), párr. 49.

¹⁰⁷ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615, párr. 6.

¹⁰⁸ Véase la nota 4 *supra*.

¹⁰⁹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, caps. I y II.

¹¹⁰ Ebersole, «The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance», pág. 196. Los Criterios de Mohonk para la asistencia humanitaria en situaciones de emergencia complejas fueron redactados por el equipo de tareas sobre cuestiones éticas y jurídicas de la asistencia humanitaria, que se constituyó como parte de la Conferencia Mundial de la Religión para la Paz. Los Criterios se distribuyeron entre los agentes humanitarios y los Estados y en general fueron bien acogidos. Véase también la nota 186 *infra* y las referencias que figuran en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 12.

¹¹¹ Véase la nota 71 *supra*.

¹¹² Pictet, *op. cit.*, pág. 23.

CAPÍTULO II

Dignidad humana

51. El principio de humanidad en el derecho internacional humanitario está estrechamente vinculado al concepto de dignidad. El principio humanitario de humanidad aparece frecuentemente bajo la denominación de «dignidad»; así, el artículo 3, párr. 1, apdo. c, común a los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, prohíbe «[l]os atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes»; el artículo 75 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) prohíbe «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor», en tanto que su artículo 85 prohíbe «[l]as prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal»; y el artículo 4 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) prohíbe «[l]os atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

52. Se considera que la dignidad es la base primordial del derecho de los derechos humanos¹²² desde que el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reconociera lo siguiente:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas,

resueltos

[...]

a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹²³ menciona la siguiente:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

[...]

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

53. Desde esos tempranos orígenes, la dignidad ha estado presente como inspiración de todos los grandes instrumentos universales de derechos humanos. Así, los artículos 1, 22 y 23, párr. 3, de la Declaración Universal de Derechos

Humanos se refieren a la dignidad. De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se refieren en sus preámbulos a la dignidad como fuente de inspiración de los derechos recogidos en esos instrumentos. Lo mismo cabe decir de los preámbulos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

54. La dignidad no sólo está presente en los preámbulos de los instrumentos universales de derechos humanos. Así, el concepto se incluye en los artículos 28, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 19 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, entre otros instrumentos. Constituye un concepto esencial y un principio general en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹²⁴, así como la base de los aspectos operacionales de la Convención¹²⁵.

55. La dignidad aparece incluida en los preámbulos de la mayoría de los instrumentos regionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; la versión revisada de la Carta Árabe de Derechos Humanos, de 2004; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el Protocolo n.º 13 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

56. La dignidad humana también ha inspirado las opiniones de muchos miembros de la CIJ. En su opinión separada en la opinión consultiva *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, de 1971, el Vicepresidente Ammoun manifestó que:

No es una simple casualidad que en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aparezca formulado el siguiente principio o axioma primordial: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

De este principio dimana la mayoría de los derechos y libertades.

[...]

¹²⁴ Artículo 3 (en el que se establece como principio general la «dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas») y artículo 1 (que estipula que el propósito de la Convención es promover el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente).

¹²⁵ Arts. 16, 24 y 25.

¹²² Véase, por ejemplo, Henkin, «International human rights as 'rights'», pág. 269.

¹²³ Resolución 217 (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

Tal como se evidencia en los textos de sus numerosas resoluciones, lo que hizo que las Naciones Unidas se decidieran a penalizar la conducta de Sudáfrica fue no tanto el incumplimiento respecto de los informes y peticiones cuanto la violación manifiesta de los principios más esenciales de humanidad, protegidos por el derecho internacional: la igualdad, denegada por el *apartheid*; la libertad, que encuentra su expresión en el derecho de los pueblos a la libre determinación; y la dignidad de la persona, que ha sufrido un profundo menoscabo a causa de las medidas aplicadas a las personas de color¹²⁶.

El magistrado Tanaka, en su opinión disidente de 1966 en el caso *Sud-Ouest africano*, también invocó el principio de la dignidad humana¹²⁷. Del mismo modo, al abordar la cuestión de la sucesión en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, el magistrado Weeramantry destacó que la dignidad de la persona constituía «[u]na de las principales preocupaciones del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo»¹²⁸ y afirmó que «[l]os tratados sobre derechos humanos y cuestiones humanitarias no entrañan una pérdida de la soberanía ni la autonomía del nuevo Estado, sino que sencillamente están en consonancia con los principios generales de protección que dimanar de la dignidad inherente a todo ser humano, la cual constituye la base sobre la que se asienta la Carta de las Naciones Unidas»¹²⁹. La dignidad de la persona también se destaca como preocupación principal en las opiniones separadas y disidentes de algunas otras causas sustanciadas ante la Corte¹³⁰.

57. El concepto de dignidad también ha sido aplicado profusamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Tyrer* se consideró que cierta forma

de castigo corporal era contraria a la dignidad humana¹³¹, y desde entonces en otros fallos se ha hecho referencia expresa a la misma idea¹³². Incluso al reflexionar sobre el derecho a la vida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó lo siguiente:

La propia esencia del Convenio es el respeto de la dignidad humana y de la libertad humana. Sin negar en modo alguno el principio de la inviolabilidad de la vida que se protege en el Convenio, el Tribunal considera que es en el artículo 8 donde cobra importancia el concepto de la calidad de la vida. En una época de incesantes avances médicos que se conjugan con un aumento de las expectativas de vida, muchas personas consideran que no deberían verse obligadas a malvivir en la vejez o en estados de avanzada decrepitud física o mental que entran en conflicto con ideas muy arraigadas de individualidad e identidad personal¹³³.

58. La dignidad humana también ocupa un lugar destacado en las constituciones de muchos países¹³⁴. Por ejemplo, en la Constitución de Alemania se afirma que «[l]a dignidad del hombre será inviolable. Todas las autoridades del Estado tendrán el deber de respetarla y protegerla»¹³⁵; además, la Constitución de Sudáfrica señala que la nación se fundamenta en la dignidad humana y «[a]firma los valores democráticos de la dignidad, la igualdad y la libertad humanas»¹³⁶. Muchas constituciones recogen principios similares¹³⁷. Incluso cuando el valor de la dignidad no se expresa en los instrumentos fundamentales de derechos humanos del país, el concepto suele recogerse en su jurisprudencia constitucional¹³⁸.

59. El concepto de dignidad humana también ocupa un lugar preeminente en muchos instrumentos preparados por la comunidad internacional para orientar las operaciones de socorro humanitario. En los Criterios de Mohonk

¹²⁶ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1971, págs. 77 y 81; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 107.

¹²⁷ *Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1966, págs. 308 y 312 («[T]odos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen las mismas oportunidades independientemente de la religión, la raza, el idioma, el sexo, el grupo social, etc. Como personas, tienen la dignidad para ser tratados como tales. Ése es el principio de igualdad, que constituye uno de los derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal para toda la humanidad. [...] El demandado, que probablemente es consciente de que esa dureza no tiene justificación, intenta explicarla como un sacrificio necesario que ha de hacerse a título individual para el mantenimiento de la paz social. No obstante, es injusto exigir un sacrificio en beneficio de la paz social cuando ese sacrificio es de tal envergadura que constituye una humillación de la dignidad de la persona»). Véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 96.

¹²⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1996, págs. 641 (opinión separada del magistrado Weeramantry). Véase también C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 123.

¹²⁹ *Ibid.*, pág. 645.

¹³⁰ Véanse, por ejemplo, los casos *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 2004, pág. 255 (opinión separada del magistrado Elaraby); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1996, pág. 433 (opinión disidente del magistrado Weeramantry, quien afirmaba que el empleo de armas nucleares era ilegal en cualquier circunstancia porque «[c]ontradice el principio fundamental de la dignidad y el valor de la persona»); compárese con el caso *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos), fallo, C.I.J. Recueil 2004, pág. 32 (se recogía la afirmación de México de que sus nacionales habían sido objeto de «acciones penales carentes de la imparcialidad y de la dignidad a que tiene derecho toda persona»). Véase, en general, McCrudden, «Human dignity and judicial interpretation of human rights», págs. 682 y 683.

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A n.º 26.

¹³² Véanse, entre otros, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Bock c. Allemagne* (1990), série A n.º 150; *S.W. c. Royaume-Uni*, série A n.º 335-B; *C.R. c. Royaume-Uni*, série A n.º 335-C (1995); *Ribitsch c. Autriche* (1995), série A n.º 336; y *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (2002), 2002-VI.

¹³³ *Pretty c. Royaume-Uni* (2002), 2002-3, párr. 65.

¹³⁴ Véase, en general, Chaskalson, «Human dignity as a constitutional value».

¹³⁵ Art. 1, párr. 1.

¹³⁶ Art. 7, párr. 1; véanse también los artículos 1 y 10.

¹³⁷ Véanse, por ejemplo, Ley fundamental: Dignidad y libertad humanas, de Israel, art. 1 («El objetivo de esta Ley fundamental es proteger la dignidad y la libertad humanas»); Constitución del Brasil, art. 1, III; Constitución de Hungría, art. 54, párr. 1 («En la República de Hungría toda persona tiene el derecho inherente a la vida y la dignidad humana. A nadie se le denegarán arbitrariamente tales derechos»); Constitución de Nigeria, arts. 17 y 34; Constitución de China, art. 38 («La dignidad personal de los ciudadanos de la República Popular China es inviolable»); Constitución de Colombia, art. 1 (en el que se declara que el Estado se funda en el respeto de la dignidad humana); y Constitución de Tailandia, cap. 1, art. 4. Véase también la proclamación de la Constitución de Egipto («Considerando que la humanidad y la dignidad del hombre son antorchas que guían y dirigen la ingente evolución de la humanidad hacia sus ideales supremos»); Constitución de la India, preámbulo («garantizando la dignidad del individuo»).

¹³⁸ Este es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos; véase, *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons (United States Reports*, vol. 543, pág. 551) (2005) (donde se desestima el caso *Miranda v. Arizona* (ibíd., vol. 436, pág. 436) (1966), destacando la vinculación entre la dignidad humana y el principio de la no obligación de declarar contra sí mismo). Paralelamente, en el Canadá los magistrados de la Corte Suprema suelen invocar el principio cuando se ocupan de importantes privaciones de derechos; véase, por ejemplo, *Kindler c. Canada* (1992), *Recueil des arrêts de la Cours suprême du Canada*, parte 1, 1991, vol. 2, pág. 793 (opinión disidente del magistrado Cory).

se dispone que «[t]oda persona tiene derecho a solicitar y recibir la asistencia humanitaria necesaria para mantener su vida y su dignidad»¹³⁹. En la ya mencionada resolución sobre asistencia humanitaria aprobada en Brujas, en 2003, el Instituto de Derecho Internacional destacó que «[e]l hecho de dejar a las víctimas de los desastres sin asistencia humanitaria constituye una amenaza para la vida humana y una ofensa a la dignidad humana y, por consiguiente, una violación de los derechos humanos fundamentales»¹⁴⁰. Además, en los Principios Rectores de los desplazamientos internos, el concepto de dignidad orienta las disposiciones relativas al desplazamiento, los derechos fundamentales y el regreso y el reasentamiento¹⁴¹. Las Directrices recientemente aprobadas por la FICR también obligan a los agentes encargados de prestar asistencia a «en todo momento [...] respetar la dignidad humana de las personas afectadas por desastres»¹⁴².

60. En su quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros, presentado a la Comisión en su período de sesiones de 2009, el Relator Especial, Sr. Kamto, examinó el concepto de dignidad y propuso un proyecto de artículo, ulteriormente revisado, sobre la obligación de respetar la

¹³⁹ Ebersole, *loc. cit.*, pág. 196. Véase asimismo Hardcastle y Chua, «Asistencia humanitaria: hacia el derecho de tener acceso a las víctimas de desastres naturales», quienes se expresan en términos similares; y el principio 3, apdo. a, de los Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria, aprobados por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario («Principios...» (nota 74 *supra*), pág. 551.

¹⁴⁰ *Annuaire*, pág. 268.

¹⁴¹ E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo.

¹⁴² Directriz 4.1, *Directrices...* (nota 66 *supra*), pág. 12.

dignidad de las personas que son objeto de expulsión¹⁴³. La Comisión aún no ha adoptado una posición sobre esa propuesta.

61. El Relator Especial considera que la dignidad ilustra una evolución que va más allá de la mera comprensión contractual de la protección de las personas con arreglo al derecho internacional, para sugerir la existencia de una verdadera comunidad internacional basada en el respeto de la dignidad de los seres humanos¹⁴⁴. Como es natural, ese concepto inspira también la protección de las personas en casos de desastre y debería orientar la labor que la Comisión está realizando al respecto.

62. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo sobre la dignidad humana:

Proyecto de artículo 7. Dignidad humana

A los efectos del presente proyecto de artículo, los Estados, las organizaciones internacionales competentes y otros agentes pertinentes respetarán y protegerán la dignidad humana.

¹⁴³ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, quinto informe sobre la expulsión de extranjeros, proyecto de artículo 10, y documento A/CN.4/617, Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del presente período de sesiones, proyecto de artículo 9.

¹⁴⁴ Véase Simma, «From bilateralism to community interest in international law».

CAPÍTULO III

Responsabilidad del Estado afectado

63. Dado que la Comisión ha determinado que el ser humano, como titular de derechos y como persona con necesidades esenciales, ocupa un lugar preeminente dentro de la labor que se realiza sobre este tema (véase el proyecto de artículo 2), el Relator Especial examinará ahora el papel y la responsabilidad del Estado afectado respecto de las personas que se encuentren en su territorio. El análisis destacará que es el Estado territorial (esto es, el Estado afectado) y no un tercer Estado u organización quien tiene la responsabilidad primordial de proteger a las víctimas de los desastres en su territorio. Al hacerlo, el Relator Especial examinará una preocupación capital manifestada ya por varios miembros de la Comisión¹⁴⁵.

A. Soberanía y no intervención

64. Al determinar el papel y la responsabilidad del Estado afectado hay que tener presentes los principios de la soberanía del Estado y de la no intervención. Aunque ambos principios están bien arraigados en el derecho internacional, su reformulación es conveniente a los efectos del presente informe.

65. El principio de la soberanía del Estado encuentra sus raíces en el concepto fundamental de la igualdad soberana, que de Vattel ilustró afirmando que las naciones eran «libres, independientes e iguales»¹⁴⁶ y que «un enano es tan hombre como un gigante, y una república pequeña no deja de ser un Estado tan soberano como un reino poderoso»¹⁴⁷. Esta idea abre paso a los conceptos más concretos de independencia y soberanía territorial, a cuyo tenor un Estado puede ejercer sus funciones en su propio territorio con exclusión de todos los demás¹⁴⁸. Entendida así, la soberanía se considera un principio fundamental del orden internacional¹⁴⁹, y su existencia y su validez han sido reconocidas por los Estados en numerosos instrumentos internacionales.

66. Basta con mencionar la Carta de las Naciones Unidas, en la que se consagra el principio de la igualdad soberana de los Estados en los términos siguientes:

¹⁴⁶ De Vattel, *Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, t. 1, pág. 16, párr. XXI.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 15, párr. XVIII.

¹⁴⁸ Corte Permanente de Arbitraje, caso *Island of Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos), laudo de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 838.

¹⁴⁹ Caso *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

¹⁴⁵ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 162 y 167.

Artículo 2

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

67. Posteriormente, los Miembros de las Naciones Unidas han reiterado la importancia de ese principio. En la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los Estados Miembros reafirmaron «la importancia básica de la igualdad soberana y [subrayaron] que los propósitos de las Naciones Unidas sólo podrán realizarse si los Estados disfrutaban de igualdad soberana y cumplen plenamente las exigencias de este principio en sus relaciones internacionales». Además, en la proclamación de los principios, se declaraba que «[t]odos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional»¹⁵⁰.

68. Los tribunales internacionales han reconocido ampliamente que la soberanía del Estado es un principio fundamental del derecho internacional. En 1928, en el caso *Island of Palmas*, el árbitro Max Huber destacó que «el desarrollo del derecho internacional ha establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio como punto de partida para abordar la mayoría de las cuestiones que afectan a las relaciones internacionales»¹⁵¹. En 1949, en el caso *Détroit de Corfou*, la CIJ afirmó que «entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es un fundamento esencial de las relaciones internacionales»¹⁵². Esas afirmaciones tienden a caracterizar la soberanía como un principio general del derecho. Posteriormente, la CIJ dejó claro que la soberanía del Estado también formaba parte del derecho internacional consuetudinario¹⁵³.

69. Los conceptos de igualdad soberana y de soberanía territorial se invocan frecuentemente en el contexto de la respuesta a los desastres. En los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, la más importante sobre el tema, la Asamblea afirmó lo siguiente:

Deberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto, la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado¹⁵⁴.

En el marco de los esfuerzos realizados para redactar tratados multilaterales sobre el tema de la respuesta a los

desastres se ha invocado la soberanía como principio capital¹⁵⁵. Paralelamente, en el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil se dispone que «[t]oda oferta de asistencia deberá observar la soberanía, la independencia y la integridad territorial del Estado beneficiario»¹⁵⁶. El acuerdo recientemente concertado por la ASEAN también contiene una disposición de esa índole¹⁵⁷.

70. Asimismo, es de destacar que la Comisión, en el marco de su labor sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, ha señalado en términos generales la relación entre la soberanía y la obligación de cooperación entre los Estados. La Comisión consideró que la igualdad soberana de los Estados configuraba el modo en que éstos habían de cooperar para alcanzar fines comunes y destacó que «[l]os Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo»¹⁵⁸. Esa disposición indica el camino que hay que seguir al examinar la relación entre la soberanía y el proyecto de artículo 5 provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción¹⁵⁹.

71. En relación con el principio de la soberanía del Estado, el principio de la no intervención sirve para garantizar que se mantiene la igualdad soberana de los Estados¹⁶⁰. En ese sentido, la Carta de las Naciones Unidas dispone en su Artículo 2, párrafo 7:

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

72. En una referencia directa a la intervención por los Estados en los asuntos internos de otros Estados, la Asamblea General ha subrayado que:

el estricto cumplimiento por los Estados de la obligación de no intervenir en los asuntos internos de cualquier otro Estado es condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones, ya

¹⁵⁵ Proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia (A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2) («El respeto de la soberanía del Estado receptor y la no injerencia en sus asuntos internos») (art. 3, párr. 1, apdo. a); véase también el Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro («las medidas [...] en un país quedan supeditadas al consentimiento de su gobierno») (art. 4).

¹⁵⁶ Art. 3, apdo. b. No obstante, es de destacar que no hay referencias directas a la soberanía en varios tratados principales, como el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe o la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica.

¹⁵⁷ Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia («Al aplicar el presente Acuerdo se respetarán la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de las Partes de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Amistad y Cooperación en el Asia Sudoriental») (art. 3, párr. 1).

¹⁵⁸ Artículo 8 del Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (*Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 113); véase también la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, art. 8.

¹⁵⁹ Véase la nota 4 *supra*.

¹⁶⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 106, párr. 202.

¹⁵⁰ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, preámbulo (duodécimo párrafo) y principio de la igualdad soberana de los Estados (primer párrafo), respectivamente.

¹⁵¹ Caso *Island of Palmas* (nota 148 *supra*), RSA, vol. II, pág. 838.

¹⁵² *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35.

¹⁵³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 111, párr. 212 (se indica que el concepto de soberanía «se extiende a las aguas interiores y al mar territorial de todo Estado y al espacio aéreo por encima de su territorio»).

¹⁵⁴ Principio rector 3.

que la práctica de cualquier forma de intervención, además de violar el espíritu y la letra de la Carta, entraña la creación de situaciones que amenazan la paz y la seguridad internacionales¹⁶¹.

Además, tal como indicó la Asamblea General, la no intervención supone que «[n]ingún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro»¹⁶².

73. Ese principio también ha sido reconocido como norma del derecho internacional consuetudinario por la CIJ, que en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), manifestó que «aunque los ejemplos de incumplimiento de ese principio no son infrecuentes, la Corte considera que es parte integrante del derecho internacional consuetudinario»¹⁶³. La Corte, en el caso *Détroit de Corfou*, de 1949, había dejado entrever esta conclusión¹⁶⁴.

74. Sobre la base de los principios firmemente arraigados del derecho internacional que acaban de mencionarse, no cabe duda de que un Estado afectado por un desastre tiene libertad para adoptar las medidas que estime convenientes para garantizar la protección de las personas que se encuentren en su territorio. Además, como consecuencia de ello ningún otro Estado puede intervenir legalmente en el proceso de respuesta a un desastre de manera unilateral, sino que los terceros Estados han de intentar cooperar con el Estado afectado de conformidad con el artículo 5 provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción¹⁶⁵.

75. Los principios correlativos de la soberanía y la no intervención presuponen una determinada esfera nacional o un dominio reservado, en el que un Estado puede ejercer su autoridad exclusiva. Esa autoridad soberana es un atributo esencial de la condición de Estado, pero no es absoluta en modo alguno. Por lo que respecta a la vida, la salud y la integridad física de la persona, hay esferas del derecho, como las normas mínimas internacionales, el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos, que demuestran que los principios de soberanía y no intervención constituyen un punto de partida para el análisis y no una conclusión. Además, como han afirmado algunos juristas, el propio concepto de soberanía impone obligaciones a los Estados. Ya en 1949, el magistrado Álvarez, en su opinión separada en el caso *Détroit de Corfou* explicaba que:

Por soberanía debe entenderse el conjunto de derechos y atribuciones que un Estado posee en su territorio, con exclusión de todos los demás Estados y también en sus relaciones con otros Estados.

La soberanía confiere derechos a los Estados y les impone obligaciones¹⁶⁶.

¹⁶¹ Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, preámbulo (párrafo octavo).

¹⁶² Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965, párr. 1.

¹⁶³ Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 106, párr. 202.

¹⁶⁴ *C.I.J. Recueil 1949*, párr. 35.

¹⁶⁵ Véase la nota 4 *supra*.

¹⁶⁶ *C.I.J. Recueil 1949*, párr. 43.

B. Responsabilidad primordial del Estado afectado

76. En el derecho internacional se reconoce desde hace largo tiempo que el gobierno de un Estado es el que está en mejores condiciones para calibrar la gravedad de las situaciones de emergencia y poner en práctica políticas de respuesta. Como ejemplo, cabe señalar el «margen de apreciación» atribuido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las autoridades nacionales para determinar la existencia de una «emergencia pública». Muy recientemente, en 2009, el Tribunal consideró que «las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que un juez internacional para pronunciarse» sobre la existencia de esa emergencia¹⁶⁷. El derecho que regula los conflictos armados internos ofrece otro ejemplo que es tal vez más directamente pertinente para el tema objeto de examen. En el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) se basa en «el principio de que incumbe ante todo al Estado organizar las acciones de socorro. Las sociedades de socorro, tales como las organizaciones de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, pueden desempeñar un papel auxiliar»¹⁶⁸. Esa idea constituye un útil punto de partida en el contexto del presente tema. Por lo que se refiere a los desastres, los principios de la soberanía y de la no intervención encuentran su expresión en el reconocimiento de que el Estado afectado por el desastre tiene una responsabilidad primordial a los efectos de la protección de las personas en su territorio¹⁶⁹.

77. La Asamblea General ha reafirmado en numerosas ocasiones la primacía del Estado afectado en la respuesta a los desastres¹⁷⁰. En los ya mencionados principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182, la Asamblea afirmó que:

Cada Estado tiene la responsabilidad primordial y principal de ocuparse de las víctimas de desastres naturales y otras emergencias que se produzcan en su territorio. Por lo tanto, corresponde al Estado afectado el papel principal en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio¹⁷¹.

Más recientemente, la Asamblea General reafirmó este principio en su resolución 63/141, de 11 de diciembre de 2008, relativa a la cooperación internacional para la

¹⁶⁷ *A. et autres c. Royaume-Uni* (Gran Sala), n.º 3455/05, CEDH 2009, párr. 173.

¹⁶⁸ Sandoz, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, párr. 4871. Esta sección del comentario se refiere al artículo 18, párr. 1 del mencionado Protocolo, en el que se dispone que las sociedades de socorro podrán ofrecer sus servicios a los gobiernos nacionales, lo que equivale a decir que los gobiernos tienen derecho a rehusarlos. No obstante, el Protocolo prevé que, en ciertas situaciones, las actividades de socorro deben tener lugar (véase *ibíd.*, párr. 4885).

¹⁶⁹ Esto también se conoce como el principio de la «función subsidiaria». Véanse las observaciones de Francia en la Asamblea General en relación con la resolución 46/182 (A/46/PV.39, párr. 72).

¹⁷⁰ Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 38/202, de 20 de diciembre de 1983, párr. 4, y 43/131, de 8 de diciembre de 1988, párr. 2; y 45/100, de 14 de diciembre de 1990, párr. 2 (en las que se afirma la soberanía de los Estados y el papel primordial que incumbe a cada Estado en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria en sus territorios respectivos).

¹⁷¹ Principio rector 4.

asistencia humanitaria¹⁷² y en la resolución 64/251, de 22 de enero de 2010, aprobada a raíz del terremoto de Haití.

78. Hay dos consecuencias generales que dimanar de la primacía del Estado afectado en la respuesta a los desastres. En primer lugar, se reconoce que el Estado afectado tiene en última instancia la responsabilidad de proteger a las víctimas de los desastres en su territorio y que desempeña una función primordial por lo que respecta a facilitar, coordinar y supervisar las operaciones de socorro en su territorio. La otra conclusión general es que las operaciones internacionales de socorro requieren el consentimiento del Estado afectado¹⁷³. En el resto de la presente sección se examinará cada elemento más en detalle.

1. DIRECCIÓN, CONTROL, COORDINACIÓN Y SUPERVISIÓN

79. Una articulación característica del papel primario del Estado afectado figura en el proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia¹⁷⁴, que dispone que:

El Estado receptor se encargará de facilitar, dentro de su territorio, las operaciones de coordinación necesarias para hacer frente a la situación creada por el desastre¹⁷⁵.

Así pues, el proyecto de convención destaca el papel facilitador del Estado que recibe la ayuda de emergencia. La disposición pertinente no destaca que ese papel sea primario ni señala claramente que el Estado afectado tiene la obligación primordial de proporcionar asistencia humanitaria y proteger a las personas en su territorio. Además, no se ocupa directamente del papel del Estado de iniciar, supervisar, organizar y controlar las operaciones, aunque en el proyecto de convención, leído en su conjunto, se deja claro que esos aspectos de la respuesta a los desastres son primordialmente una prerrogativa del Estado afectado.

80. Los instrumentos multilaterales posteriores modifican la fórmula articulada por el proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia y se concentran en el papel supervisor del Estado afectado. Por ejemplo, la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica¹⁷⁶ dispone lo siguiente:

la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia será responsabilidad, dentro de su territorio, del Estado solicitante.

¹⁷² Párrafo cuarto del preámbulo («Poniendo de relieve que incumbe al Estado afectado la responsabilidad primordial de iniciar, organizar, coordinar y suministrar la asistencia humanitaria en su territorio, así como de facilitar la labor de las organizaciones humanitarias para mitigar las consecuencias de los desastres naturales»).

¹⁷³ Así lo expuso también la Asamblea General en el principio rector 3 de los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 («la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado»).

¹⁷⁴ A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2.

¹⁷⁵ Art. 3, párr. 2. Obsérvese que en el proyecto de convención se hace hincapié en el «respeto de la soberanía del Estado receptor y la no injerencia en sus asuntos internos» (art. 3, párr. 1, apdo. a). Además, el ámbito de aplicación de la convención indica que el tratado se habría aplicado únicamente cuando hubiesen dado comienzo las operaciones de asistencia y no en la fase inicial (art. 4).

¹⁷⁶ Art. 3, párr. 1, apdo. a.

Formulaciones similares figuran en el Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre¹⁷⁷, la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre¹⁷⁸ y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales¹⁷⁹. En las disposiciones de esos instrumentos queda claro el papel único y soberano del Estado a los efectos de controlar la asistencia en casos de desastre en su territorio. El Estado no sólo sirve de cauce para la cooperación y la coordinación internacionales, sino que también ejerce un control final sobre el modo en que se llevan a cabo las operaciones de socorro.

81. En un sinnúmero de acuerdos bilaterales, concertados durante el mismo período que los convenios que se acaban de mencionar, se describe también el papel del Estado afectado por un desastre natural o causado por el hombre. Habida cuenta de su carácter bilateral, tales tratados se centran casi exclusivamente en los aspectos operacionales de socorro en casos de desastre y apenas mencionan los principios más amplios de la soberanía y la no intervención. En una disposición característica de tales tratados se señala lo siguiente:

La dirección de las operaciones compete al organismo de coordinación del Estado requirente. El mismo indica los lineamientos generales y los eventuales límites de las operaciones adjudicadas a las unidades de intervención del otro Estado sin, por otra parte, interferir en las modalidades de su ejecución¹⁸⁰.

En un tratado similar concertado entre los países nórdicos se dispone lo siguiente en la parte pertinente: «Las autoridades del Estado solicitante serán plenamente responsables de dirigir las operaciones en el lugar del accidente»¹⁸¹. En los tratados bilaterales sobre respuesta a los desastres se sigue destacando que la responsabilidad respecto de la coordinación y la dirección operacionales recae en el Estado que solicita la asistencia¹⁸².

82. El Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe

¹⁷⁷ Art. 16, párr. 1 («la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia proporcionada a un Estado solicitante serán responsabilidad, dentro de su territorio, del Estado solicitante»).

¹⁷⁸ Art. IV, apdo. a.

¹⁷⁹ Anexo X.

¹⁸⁰ Artículo XI del Convenio de cooperación entre el Reino de España y la República Argentina para la previsión, prevención y asistencia mutua en caso de calamidades (Madrid, 3 de junio de 1988) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1689, n.º 29123, pág. 24).

¹⁸¹ Artículo 3, párr. 2, del Acuerdo entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia sobre cooperación a través de las fronteras para impedir o limitar los daños a personas, bienes o al medio ambiente en el caso de accidentes.

¹⁸² Véanse, por ejemplo, el Convenio sobre previsión y prevención de riesgos graves y asistencia mutua en casos de desastres naturales provocados por la actividad humana, entre Francia e Italia (París, 16 de septiembre de 1992), art. 7 (ibíd., vol. 1962, n.º 33532, pág. 369); el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Lituania y el Gobierno de la República de Belarús relativo a la cooperación en la esfera de la prevención y la eliminación de las consecuencias de las catástrofes, los desastres naturales y los accidentes graves (Vilna, 16 de diciembre de 2003), art. 5 (ibíd., vol. 2339, n.º 41934, pág. 203); y el Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Checa relativo a la asistencia recíproca en casos de desastre o accidentes graves, art. 8 (ibíd., vol. 2292, n.º 40860, pág. 291).

(en adelante el Convenio de Tampere), que abarca la prestación de asistencia en materia de telecomunicaciones, adopta una redacción similar a la de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica y otras convenciones contemporáneas, si bien lo hace mediante la inclusión de una cláusula «sin perjuicio». El Convenio de Tampere establece lo siguiente:

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará el derecho de los Estados Partes a dirigir, controlar, coordinar y supervisar, al amparo de su legislación nacional, la asistencia de telecomunicaciones proporcionada de acuerdo con el presente Convenio dentro de su territorio¹⁸³.

Esta redacción es importante porque indica que el derecho de un Estado afectado a supervisar la respuesta a los desastres en su territorio es un derecho preexistente, inherente a los principios generales de la soberanía y la no intervención o al derecho internacional consuetudinario, y que el tratado no necesita reconocer expresamente este derecho a los Estados partes. La segunda innovación de las disposiciones del Convenio de Tampere es la referencia al derecho nacional, lo que indica que un Estado afectado ejerce debidamente un control sobre las operaciones de socorro cuando procede de conformidad con sus propias leyes.

83. El Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia constituye una articulación sin precedentes del papel primordial del Estado afectado. El Acuerdo invoca los principios de la soberanía y la no intervención, la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Amistad y Cooperación en el Asia Sudoriental, al tiempo que dispone que «cada parte afectada tendrá la responsabilidad primordial de responder a los desastres que ocurran dentro de su territorio» (art. 3, párr. 1). Sin embargo, el tratado también contiene, una disposición similar a la del Convenio de Tampere sobre accidentes nucleares, a cuyo tenor «[e]l Estado solicitante o de recepción ejercerá la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia dentro de su territorio» (art. 3, párr. 2).

84. La responsabilidad primordial del Estado afectado también desempeña un papel fundamental en muchos proyectos de principios y directrices preparados por agentes humanitarios y expertos independientes. Algunos instrumentos preparados por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja examinan el principio de la responsabilidad primordial de manera muy parecida al de los tratados mencionados. En el Código de Conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales se señala que «[l]a planificación general y la coordinación de los esfuerzos de socorro incumben, en definitiva, al gobierno del país afectado»¹⁸⁴. Más recientemente, en la directriz 3, párr. 1, de las *Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial*, de la FICR, se señala que «[a] los Estados afectados les incumbe la responsabilidad primaria de asegurar la

reducción del riesgo, el socorro en casos de desastre y la asistencia para la recuperación inicial en su territorio». En su directriz 3, párr. 3, las Directrices precisan este principio en términos similares a los del Acuerdo de la ASEAN y otros acuerdos:

Los Estados afectados tienen el derecho soberano de coordinar, reglamentar y supervisar el socorro en casos de desastre y la asistencia para la recuperación suministrados por los actores que presten asistencia en su territorio, en consonancia con el derecho internacional.

Esas disposiciones constituyen una sólida prueba de que la responsabilidad primordial del Estado afectado es un principio que han hecho suyo tanto los Estados como los agentes humanitarios.

85. Hay otros instrumentos internacionales que también destacan que el Estado tiene la responsabilidad primordial de proporcionar socorro y protección. Por ejemplo, la FICR destaca lo siguiente en sus Principios y normas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja para el socorro en casos de desastre:

La responsabilidad de la prevención de los desastres, la asistencia a las víctimas y la reconstrucción incumbe, en primer lugar, a los poderes públicos. La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja [...] ofrecerá dinámica asistencia a las víctimas de catástrofes por conducto de la Sociedad Nacional conforme a un espíritu de cooperación con las autoridades públicas¹⁸⁵.

Esa disposición se centra claramente en los elementos humanitarios de la responsabilidad del Estado, por contraposición a las preocupaciones operacionales examinadas anteriormente. No obstante, las disposiciones de este tipo también determinan claramente que en general se espera que el Estado afectado y no un tercero inicie y mantenga operaciones de socorro después de un desastre y que toda asistencia procedente de los agentes no gubernamentales o internacionales debe considerarse complementaria de los esfuerzos que realiza el Estado.

86. Hay otros instrumentos que adoptan un enfoque similar al de los Principios y normas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Por ejemplo, en los Criterios de Mohonk se afirma que:

La responsabilidad primaria respecto de la protección y el bienestar de la población civil recae en el gobierno del Estado o las autoridades que controlan el territorio en el que se encuentran las personas en peligro¹⁸⁶.

En los Criterios de Mohonk también se señala que los grupos insurgentes y las milicias deberían tener las mismas obligaciones que los gobiernos a este respecto. Al igual que los Principios y normas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, los Criterios subrayan la función del Estado respecto a la prestación de asistencia humanitaria, aunque, en tanto que la Cruz Roja se centra en prevenir y responder a un desastre, los Criterios hacen hincapié en la protección y la dignidad de las personas afectadas.

¹⁸⁵ Principio básico 3.1, XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, 3-7 de diciembre de 1995), *Revista internacional de la Cruz Roja*, n.º 133 (enero-febrero de 1996), pág. 110.

¹⁸⁶ Ebersole, *loc. cit.*, pág. 197. Por «emergencia compleja» se entiende «una crisis humanitaria que puede entrañar un conflicto armado y que puede ser exacerbada por desastres naturales» (ibíd., pág. 194, nota 7). Véase también la nota 110 *supra*.

¹⁸³ Art. 4, párr. 8.

¹⁸⁴ Código de conducta (nota 64 *supra*), pág. 136.

87. El enfoque que acaba de exponerse se recoge también en los Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria, formulados en 1993 por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en los que se subraya que la «responsabilidad primera de proteger y prestar asistencia a las víctimas de las emergencias» recae en el Estado territorial (principio 4). Del mismo modo, los Principios Rectores de los desplazamientos internos hacen hincapié en la prestación de asistencia:

Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción¹⁸⁷.

88. Los instrumentos recientes sobre la respuesta a los desastres tienden a fusionar el enfoque operacional de los instrumentos convencionales y la esencia humanitaria de los Criterios de Mohonk y documentos similares. La Carta Humanitaria del Proyecto Esfera¹⁸⁸, publicada por primera vez en 2000, hace lo propio al dar a entender que la primacía del Estado afectado dimana no sólo de los clásicos principios de la soberanía y la no intervención, consagrados en Westfalia, sino también del derecho de todos los pueblos a la dignidad y a la libre determinación:

Reconocemos que las necesidades básicas de las personas afectadas por calamidades o conflictos armados se satisfacen ante todo por los propios esfuerzos de los interesados, y reconocemos que incumben al Estado la función y la responsabilidad primarias de proporcionar asistencia cuando la población no está en condiciones de hacer frente a la situación¹⁸⁹.

El enfoque del Proyecto Esfera recuerda que la iniciación y la supervisión a nivel local de la asistencia en casos de desastre están estrechamente vinculadas con la autonomía y la dignidad de la población afectada.

89. La ya mencionada resolución sobre asistencia humanitaria, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 2003, ofrece una combinación más clara de los aspectos humanitarios y operacionales de este principio. Según el Instituto:

El Estado afectado tiene la obligación de atender a las víctimas del desastre en su territorio y, por consiguiente, tiene una responsabilidad primordial respecto de la organización, la previsión y la distribución de la asistencia humanitaria. Como consecuencia de ello, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir la apropiación indebida de la asistencia humanitaria y otros abusos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo, principio 3, párr. 1. Véase también el principio 25, párr. 1 («La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales»).

¹⁸⁸ *Proyecto Esfera: Carta Humanitaria y Normas mínimas de respuesta humanitaria en casos de desastre*, 2.ª ed., Ginebra, 2004. El Proyecto explica que se basa en el derecho vigente de la manera siguiente (pág. 5):

«La piedra angular del manual es la Carta Humanitaria, que se basa en los principios y disposiciones del derecho internacional humanitario, la legislación internacional sobre derechos humanos, el derecho sobre refugiados y el Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales [...]. La Carta enuncia los principios centrales por los que se rige la acción humanitaria y reafirma el derecho de las poblaciones afectadas por los desastres, sean naturales o causados por el hombre (incluidos los conflictos armados), a recibir protección y asistencia. También reafirma el derecho de las personas afectadas por los desastres a vivir con dignidad.»

¹⁸⁹ *Ibid.*, pág. 20, párr. 2.1.

¹⁹⁰ *Annuaire*, pág. 268.

Así pues, esa disposición del Instituto vincula la responsabilidad primordial del Estado afectado al derecho de todos los pueblos a la asistencia humanitaria en casos de desastre. Otros instrumentos se han centrado más bien en el principio de la cooperación internacional¹⁹¹. La resolución de Brujas es útil porque se centra en el papel del Estado como organizador y facilitador y en las responsabilidades del Estado por lo que respecta a la prestación efectiva de asistencia. Ese enfoque puede constituir un útil punto de partida para la labor de la Comisión.

2. CONSENTIMIENTO

90. Al formular un proyecto de artículo sobre la responsabilidad primordial del Estado afectado, el Relator Especial también considera necesario ocuparse del requisito de que la ayuda humanitaria únicamente puede proporcionarse con el consentimiento del Estado afectado. Hasta ahora, el debate se ha centrado en lo que cabe denominar aspectos «internos» de las responsabilidades del Estado, destacando el papel de éste en la gestión, organización y prestación de socorro dentro de su territorio. Por otra parte, el requisito del consentimiento es de carácter primordialmente «externo» y rige las relaciones del Estado afectado con otros agentes internacionales a raíz de un desastre.

91. El requisito del consentimiento desempeñó una función capital en el primer tratado importante sobre socorro en casos de desastre. En el Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro, se disponía lo siguiente:

La actuación que realice la Unión Internacional de Socorro en cualquier país está supeditada al consentimiento del gobierno de dicho país¹⁹².

Esa disposición, aunque ya no está en vigor, constituye un útil punto de partida para el examen de la cuestión. Las palabras «está supeditada al» entrañan que el consentimiento del Estado sigue siendo necesario mientras dure la operación de socorro. En otras palabras, se requiere la autorización del Estado afectado para iniciar la asistencia internacional y, si el Estado afectado retira su consentimiento en algún momento, habrán de cesar las operaciones de socorro. Si bien esa disposición quedaba limitada a las medidas adoptadas por la Unión Internacional de Socorro, los instrumentos posteriores dejaron claro que el consentimiento era necesario para todas las actividades internacionales de socorro.

92. El requisito del consentimiento también aparece en disposiciones análogas de tratados relativos al derecho de los conflictos armados. En el contexto de los conflictos armados internacionales, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo

¹⁹¹ Véase el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres (A/CONF.206/6, cap. I, resolución 2) («Teniendo en cuenta la importancia de la cooperación y la asociación internacionales, recae principalmente en cada Estado la responsabilidad de perseguir su propio desarrollo sostenible y de adoptar medidas eficaces para reducir los riesgos de desastre, en particular para la protección de la población que se halla en su territorio, la infraestructura y otros bienes nacionales contra el impacto de los desastres» (párr. 13, apdo. b)).

¹⁹² Art. 4.

a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) estipula, por ejemplo, que las actividades de socorro «se llevarán a cabo, con sujeción al acuerdo de las Partes interesadas» cuando la población civil esté insuficientemente abastecida¹⁹³. El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) dispone que, cuando la población esté padeciendo «privaciones extremadas», las acciones de socorro «se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada»¹⁹⁴.

93. El requisito del consentimiento está presente en varios tratados multilaterales que regulan el socorro en casos de desastre. Por ejemplo, en el Convenio de Tampere (art. 4, párr. 5) se dispone lo siguiente:

Los Estados Partes no proporcionarán ninguna asistencia de telecomunicaciones en aplicación del presente Convenio sin el consentimiento del Estado Parte solicitante, el cual conservará la facultad de rechazar total o parcialmente la asistencia de telecomunicaciones ofrecida por otro Estado Parte en cumplimiento del presente Convenio, de conformidad con su propia legislación y política nacional.

Al igual que el Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro, el Convenio de Tampere no establece que se requiera siempre el consentimiento para la realización de actividades de socorro en casos de desastre, sino que la asistencia no puede proporcionarse de conformidad con el Convenio sin la autorización del Estado de recepción. La segunda oración, relativa al derecho del Estado a rechazar la asistencia, resulta útil, si bien su redacción tal vez haya de ser examinada en un informe posterior del Relator Especial que se ocupe directamente del ofrecimiento y la aceptación del socorro.

94. El Convenio marco de asistencia en materia de protección civil contiene una versión más restrictiva del requisito del consentimiento que la articulada en el Convenio de Tampere. El artículo 3, apdo. *a*, del Convenio marco, dispone lo siguiente:

Sólo podrá prestarse la asistencia que haya solicitado el Estado beneficiario o la que haya propuesto el Estado solidario con el consentimiento del Estado beneficiario.

Esa disposición tiene por objeto regular todas las medidas mediante una unidad de respuesta o prevención en casos de desastre perteneciente a un Estado en beneficio de otro (véase el artículo 1, apdo. *d*). Así pues, la disposición indica que entre los Estados partes en el Convenio no puede tener lugar ninguna asistencia internacional sin el consentimiento del Estado territorial. El Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia contiene una disposición similar (art. 3, párr. 1), a cuyo tenor «la asistencia o los ofrecimientos de asistencia del exterior únicamente se materializarán previa petición o con el consentimiento de la Parte afectada».

95. Otros convenios multilaterales no contienen referencias expresas a la norma del consentimiento, ya que su objetivo es regular sólo la prestación de asistencia que es expresamente aceptada por el Estado de recepción. Ése es

el caso de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, que prevé (art. 2) que la solicitud de asistencia contenga información detallada y sea examinada de buena fe por los demás Estados partes. La Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre limita expresamente su alcance a las situaciones en que «un Estado Parte preste asistencia en respuesta a una solicitud de otro Estado Parte, salvo que lo acuerden de otra manera» (art. I, apdo. *a*).

96. Habida cuenta de lo que antecede, el Relator Especial opina que la responsabilidad primordial del Estado afectado, manifestada mediante su control operacional de socorro en casos de desastre y mediante el requisito del consentimiento, constituye una norma general que rige la asistencia humanitaria. Por ello, puede proponerse el siguiente proyecto de artículo:

**Proyecto de artículo 8.
Responsabilidad primordial del Estado afectado**

1. El Estado afectado tiene la responsabilidad primordial respecto de la protección de las personas y la prestación de asistencia humanitaria en su territorio. El Estado mantiene el derecho, con arreglo a su legislación nacional, a dirigir, controlar, coordinar y supervisar esa asistencia dentro de su territorio.

2. La asistencia externa sólo podrá proporcionarse con el consentimiento del Estado afectado.

97. La primera oración de este artículo describe la responsabilidad primordial del Estado de una manera que remite al tema que preside la labor de la Comisión, que es la protección de la persona a título individual. Se hace eco de lo que se dispone en la resolución de Brujas del Instituto de Derecho Internacional y la resolución 46/182 de la Asamblea General en el sentido de que el Estado afectado tiene la responsabilidad primordial de «ocuparse» de las víctimas en su territorio, pero opta por la palabra «protección» como referencia al proyecto de artículo 1 provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción. Además, la protección se destaca en los Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria, de 1993. La referencia a la prestación de asistencia humanitaria recuerda los Principios y normas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja para el socorro en casos de desastre, la resolución de Brujas y otros instrumentos examinados anteriormente, al tiempo que sirve para destacar que este artículo se centra primordialmente en la iniciación y la gestión de las operaciones de socorro.

98. La segunda oración del párrafo 1 destaca los aspectos operacionales de la autoridad del Estado respecto de las operaciones de asistencia. Las palabras «dirigir, controlar, coordinar y supervisar» figuran en numerosos instrumentos internacionales¹⁹⁵, y juntas constituyen una idea bien asentada del papel primordial del Estado en las actividades de

¹⁹³ Art. 70, párr. 1.

¹⁹⁴ Art. 18, párr. 2.

¹⁹⁵ Por ejemplo, la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (art. 3, apdo. *a*); el Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre (art. 16); la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (art. IV); el Convenio de Tampere (art. 4, párr. 8); y el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (art. 3, párr. 2).

socorro en casos de desastre. El Relator Especial opina que esos cuatro verbos son adecuados a la luz de su alcance general y que abarcan las palabras más concretas utilizadas en otros instrumentos, como «facilitar», «vigilar» y «regular»¹⁹⁶. En la resolución 46/182 de la Asamblea General se señala que el Estado afectado también tiene una responsabilidad primordial en la iniciación de la asistencia; este aspecto de la responsabilidad del Estado se recoge en el párrafo 2 del proyecto de artículo. Además, en el proyecto de artículo se incluyen las palabras «con arreglo a su legislación nacional», procedentes del Convenio de Tampere. Esta redacción sirve para subrayar que el medio apropiado para que el Estado afectado ejerza su control operacional es su propio ordenamiento jurídico.

99. Examinado de manera global, el párrafo 1 se hace eco del aspecto «interno» de la soberanía y la responsabilidad primordial del Estado afectado. Esa disposición destaca las funciones del Estado en su calidad de suministrador de asistencia humanitaria y de director de las operaciones de socorro. El Relator Especial opina que esas dos funciones deben incluirse en la misma disposición porque se refuerzan entre sí. Como se infiere de la directriz de la Carta Humanitaria del Proyecto Esfera, el control nacional respecto de los programas de gestión y rehabilitación en casos de desastre constituye un importante elemento del derecho colectivo a la libre determinación, así como de la dignidad individual en que se basa la labor sobre el presente tema.

¹⁹⁶ Por ejemplo, la resolución de Brujas del Instituto de Derecho Internacional (art. III, párr. 1) («organización, suministro y distribución») (*Annuaire*, pág. 268); y las *Directrices* de la FICR, directriz 3, párr. 3 («coordinar, reglamentar y supervisar»).

100. El párrafo 2 se refiere al aspecto «externo» de la responsabilidad primordial del Estado, a saber, el requisito del consentimiento. Esa disposición toma su estructura básica de la resolución 46/182 de la Asamblea General, aunque establece una obligación clara, mientras que la Asamblea decía que la asistencia debería proporcionarse con el consentimiento del Estado. Las palabras «asistencia externa» están tomadas del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia e indican que esta disposición no tiene por objeto regular la relación del Estado con los agentes humanitarios establecidos dentro de sus fronteras.

101. Como sucedió con las demás disposiciones generales presentadas por el Relator Especial, gran parte de la labor ulterior sobre ese tema entrañará redactar disposiciones concretas que definan o precisen el papel primordial del Estado afectado. Por ejemplo, muchos tratados bilaterales exigen que el Estado de acogida proporcione directrices detalladas a los agentes extranjeros, especificando las tareas que está dispuesto a asignar a esas partes¹⁹⁷. Otros contienen directrices concretas acerca de la relación entre el órgano de supervisión del Estado afectado y el personal extranjero que presta asistencia¹⁹⁸. Esas y otras cuestiones conexas serán examinadas en futuros informes.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Letonia y el Gobierno de la República de Lituania sobre el apoyo mutuo en caso de desastres naturales y otros accidentes en gran escala (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2267, n.º 40379, pág. 163).

¹⁹⁸ Véase, por ejemplo, el Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/631

Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial

[Original: ruso]
[10 de junio de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	427
Obras citadas en el presente informe	428
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-16 429
ALCANCE DE LA INMUNIDAD DE UN FUNCIONARIO DEL ESTADO RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA.....	17-94 433
A. Consideraciones preliminares.....	17-20 433
B. Inmunidad <i>ratione materiae</i>	21-34 434
C. Inmunidad <i>ratione personae</i>	35-37 439
D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado	38-51 440
E. Alcance territorial de la inmunidad	52-53 443
F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?	54-93 444
1. Consideraciones preliminares	54-55 444
2. Criterios para el establecimiento de excepciones	56-89 445
3. Conclusiones sobre las excepciones.....	90-93 458
G. Resumen	94 459

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, n.º 25699, pág. 181.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Bruselas, 26 de mayo de 1997)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> C 195/1, 25 de junio de 1997.

Fuente

Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2216, n.º 39391, pág. 225. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 182, 28 de julio de 2010, pág. 65780.
Convención para prevenir y combatir la corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003)	ILM, vol. XLIII, 2004, pág. 5.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 17 de enero de 2004)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

- ALDERTON, Matthew
«Immunity for Heads of State acting in their private capacity—*Thor Shipping A/S v The Ship 'Al Duha'il'*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (julio de 2009), págs. 702 a 711.
- AMBOS, Kai
«Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the 'torture memos' be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42 (2009), págs. 405 a 448.
- ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
«Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», Comité sobre derecho y práctica internacionales de derechos humanos, *Report of the 69th Conference held in London, 25-29th July 2000*, Londres, 2000.
- BASSIOUNI, M. Cherif
“Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, en Christopher C. Joyner (editor especial), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998*.
- BUZZINI, Gionata Piero
«Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France Case*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), págs. 455 a 483.
- CAFLISCH, Lucius
«La pratique suisse en matière de droit international public 1990», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 4/1991, págs. 513 a 580.
- CAPLAN, Lee M.
«State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», *AJIL*, vol. 97, n.º 4 (octubre de 2003), págs. 741 a 781.
- CASSESE, Antonio
«When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case*», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 853 a 875.
- COLANGELO, Anthony J.
«Universal jurisdiction as an international 'false conflict' of laws», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), págs. 881 a 925.
- DAVID, Eric
Éléments de Droit Pénal International et Européen, Bruselas, Bruylant, 2009.
- DENZA, Eileen
«*Ex parte Pinochet*: Lacuna or Leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 949 a 958.
Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.
- DOMINICÉ, Christian
«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, t. CIII (1999), págs. 297 a 308.
- FRULLI, Micaela
«The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo Case* (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes», *German Law Journal*, vol. 3, n.º 3 (2002).
«Immunities of Persons from Jurisdiction», en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 368 y 369.
- GALLAGHER, Katherine
«Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), págs. 1087 a 1116.
- HAMIDA, Abdul Ghafur, Khin Maung SEIN y Hunud Abia KADOUF
«Immunity versus International Crimes: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant Cases*», *Indian Journal of International Law*, vol. 46, n.º 4 (octubre-diciembre de 2006), págs. 495 a 516.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL
«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire*, vol. 69, sesión de Vancouver (2001), París, Pedone, 2001.
«La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», *Annuaire*, vol. 71-II, sesión de Cracovia (2005), París, Pedone, 2006, págs. 296 a 301.
«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, sesión de Nápoles (2009), París Pedone, 2009, págs. 228 a 230.
- JESSBERGER, Florian
«Universal jurisdiction», en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 555 a 558.
- KALECK, Wolfgang
«From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), págs. 927 a 980.

- KOLLER, David S.
«Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, n.º 1 (2004), págs. 7 a 42.
- LUTZ, Ellen L. y Caitlin REIGER (eds.)
Prosecuting Heads of State, Cambridge University Press, 2009.
- O'DONNELL, Kaitilin R.
«Certain Criminal Proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?», *Boston University International Law Journal*, vol. 26, n.º 2 (cuarto trimestre de 2008), págs. 375 a 416.
- PARLETT, Kate
«Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», *European Human Rights Law Review*, n.º 1, 2006, págs. 49 a 66.
- PENROSE, Mary Margaret
«The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 7, n.º 2 (2010), págs. 85 a 143.
- PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION
The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton (Nueva Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001.
- RAU, Markus
«After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case», *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- RENSMANN, Thilo
«Impact on the Immunity of States and their Officials», en Menno T. Kamminga y Martin Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 151 a 170.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi
«Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9 (2008-2009), págs. 79 a 106.
- SIMBEYE, Yitiha
Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.
- STERN, Brigitte
«Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?», en Mark Lattimer y Philippe Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford y Portland (Oregón), Hart Publishing, 2006, págs. 73 a 106.
- «Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», en Marcelo G. Cohen (ed.), *La promotion de la justice, des droit de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Brill, 2007, págs. 511 a 548.
- «Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, n.º 2 (segundo trimestre de 2008), págs. 441 a 449.
- SUMMERS, Mark A.
«Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007-2008), págs. 459 a 473.
- TAYLOR, Roger H.
«Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State», *Thomas Jefferson Law Review* (San Diego), vol. 24, n.º 1 (cuarto trimestre de 2001), págs. 101 a 120.
- VAN ALEBEEK, Rosanne
The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WATTS, Arthur
«The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994-III*, t. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, págs. 9 a 130.
- WIRTH, Steffen
«Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 877 a 893.
- YANG, Xiaodong
«State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions», *BYBIL*, vol. 74 (2003), págs. 333 a 408.
«*Jus cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, págs. 131 a 179.
- ZEGVELD, L.
«The *Botse* case», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), págs. 97 a 120.
- ZIMMERMANN, Andreas
«Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16 (1994-1995), págs. 433 a 440.

Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58.º período de sesiones, en 2006, atendiendo a una propuesta formulada por el Relator Especial¹. En el 59.º período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir ese tema en su programa de trabajo, nombró Relator Especial del tema al Sr. Roman Kolodkin² y solicitó a la Secretaría que preparara un estudio básico sobre el tema³.

2. En su 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴ y el memorando de la Secretaría sobre el tema⁵.

3. En el informe preliminar se exponía de forma sucinta la historia de la consideración de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho

¹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, apdo. b.

² *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376.

³ *Ibid.*, pág. 99, párr. 386.

⁴ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

⁵ Memorando de la Secretaría, *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/596.

Internacional⁶ y se definían las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa de trabajo preliminar sobre el tema. Entre estas cuestiones figuraba la cuestión relativa a las fuentes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; la cuestión relativa al contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal»; la cuestión de la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; la cuestión de los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); y la cuestión del fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad del Estado, y entre la inmunidad diplomática y consular y la inmunidad de los miembros de misiones especiales⁷.

4. Además, en el informe se definían las cuestiones que el Relator Especial consideraba necesario examinar para determinar el alcance del tema⁸. Esas cuestiones incluían, en particular, la cuestión de si todos los funcionarios del Estado o sólo algunos de ellos (por ejemplo, sólo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) debían estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o proyectos de artículos que podía elaborar la Comisión como resultado del examen del presente tema; la cuestión de la definición del concepto de «funcionario del Estado»; la cuestión del reconocimiento en el contexto del presente tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado.

5. Asimismo, entre las cuestiones que, en opinión del Relator Especial, debían examinarse para determinar el alcance del tema, figuraban: la cuestión del alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios en activo y los ex funcionarios del Estado que estuvieran incluidos en futuros proyectos de directrices o de artículos; y la cuestión de la renuncia a la inmunidad a los funcionarios del Estado (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)⁹.

6. Las conclusiones formuladas por el Relator Especial como resultado del análisis realizado en la parte del informe preliminar presentada a la Comisión figuran en los párrafos 102 y 130 de dicho informe¹⁰.

⁶ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párrs. 6 a 26.

⁷ *Ibid.*, párrs. 27 a 102.

⁸ *Ibid.*, párrs. 103 a 130.

⁹ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁰ El párrafo 102 dice, en su parte pertinente:

«a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario;

b) La jurisdicción y la inmunidad son fenómenos interrelacionados pero diferentes. En el marco del presente tema es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal;

c) La jurisdicción penal del Estado, tanto como todos los demás aspectos de su jurisdicción, se ejerce mediante la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial (lo mismo en el plano legislativo que ejecutivo, si por este último se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la judicial);

d) Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y penal) posee rasgos comunes con la jurisdicción civil, se diferencia de ésta,

7. La Comisión hizo suyas la mayoría de las conclusiones. En sus observaciones finales, el Relator Especial pudo constatar, en particular, el amplio consenso respecto de lo siguiente:

a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional consuetudinario;

b) El concepto de «inmunidad» implica una relación jurídica y una correlación entre los derechos y obligaciones correspondientes;

c) La inmunidad es de índole procesal;

entre otras cosas, por el hecho de que muchos procedimientos penales alcanzan la fase judicial del proceso jurídico. Por consiguiente, ya en la fase de instrucción reviste una gran importancia la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contraponen la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario;

f) La inmunidad de jurisdicción penal es solamente una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial (o exclusivamente ejecutiva, si por esta última se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la penal). Por tanto, es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

g) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra en última instancia el Estado, único titular del derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario;

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.»

El párrafo 130 dice, en su parte pertinente:

«a) El presente tema sólo abarca la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción nacional (no internacional) penal (no civil ni administrativa) de otro Estado (y no del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario);

b) Se propone que el presente tema abarque a todos los funcionarios del Estado;

c) Se puede tratar de definir el concepto de ‘funcionario del Estado’ a los efectos del presente tema o de determinar el grupo de personas abarcadas por este concepto a los efectos del presente tema;

d) Entre las personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal en virtud de su cargo figuran, en primer lugar, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;

e) Se puede tratar de definir el grupo de personalidades de rango elevado que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todas las personalidades de rango elevado si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios;

f) Existen dudas respecto de la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de las personalidades de rango elevado en el marco del presente tema.»

d) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial y no de jurisdicción legislativa;

e) La cuestión de tal inmunidad se plantea ya en la fase de instrucción de un proceso penal;

f) La distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* es útil para fines de análisis;

g) El tema no abarca las cuestiones relativas a la jurisdicción penal internacional;

h) En lo que respecta al grupo de personas que abarca el tema, es preciso examinar el estatuto de todos los funcionarios del Estado;

i) Debe emplearse y definirse el término «funcionario del Estado»;

j) Gozan de inmunidad *ratione personae*, por lo menos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

8. En el examen del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 2008, numerosas delegaciones se pronunciaron sobre este tema¹¹.

9. En el examen del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones, que se llevó a cabo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2009, varias delegaciones destacaron en sus declaraciones la importancia de continuar los trabajos sobre el tema¹², pese a que el Relator Especial no había presentado la continuación del informe preliminar y que, en consecuencia, la Comisión no había examinado el tema en su 61.º período de sesiones. Sudáfrica, en particular, subrayó la importancia del tema a la luz de las deliberaciones en curso sobre el ejercicio de la jurisdicción nacional universal y destacó las cuestiones que, en su opinión, debía resolver la Comisión¹³.

¹¹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 265 a 311. Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo tercer período de sesiones (A/CN.4/606), párrs. 89 a 110.

¹² Véase, en particular, las declaraciones de Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 30; Sudáfrica, *ibíd.*, párrs. 69 y 70; Hungría, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 35; Portugal, *ibíd.*, párr. 41; Ghana, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 6, y Jamahiriya Árabe Libia, *ibíd.*, párr. 16.

¹³ Entre las cuestiones que la Comisión tenía ante sí, Sudáfrica puso de relieve las siguientes: si los ministros de relaciones exteriores y otros altos funcionarios del Estado disfrutaban de plena inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario; si esa inmunidad era aplicable al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; si había un límite temporal para esa inmunidad y, en caso de haberlo, si ese límite es el mismo para todas las categorías de funcionarios; y si el hecho de que los delitos mencionados pudieran entrar en la categoría de *ius cogens* afectaba de alguna manera el alcance de las inmunidades. Sudáfrica también expresó interés en la cuestión relativa a la relación entre la inmunidad y las facultades de las autoridades nacionales para detener a un alto funcionario de Estado en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal internacional (*ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párrs. 69 y 70).

10. En las deliberaciones entre la Unión Africana y la Unión Europea sobre la jurisdicción penal universal, como resultado de las cuales se preparó un informe de expertos, la cuestión de la inmunidad también ocupó un lugar importante¹⁴. Lo propio ocurrió en el examen de la cuestión de la jurisdicción penal universal que se llevó a cabo en la Sexta Comisión, en 2009¹⁵.

11. En el tiempo transcurrido desde que se examinó el informe preliminar, la CIJ empezó a examinar los casos que, en mayor o menor medida, estaban relacionados con el tema, a saber, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*¹⁶, e *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁷. La Corte continúa examinando el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*¹⁸, en el que también se abordan cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios superiores y altos funcionarios del Estado.

12. En el período posterior al examen del informe preliminar, esas cuestiones han sido objeto de examen en el marco de jurisdicciones nacionales en varias ocasiones¹⁹.

¹⁴ Véase el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal, Consejo de la Unión Europea, documento 8672/1/09 Rev.1, 16 de abril de 2009.

¹⁵ Véanse las declaraciones de Austria, China, Costa Rica, Etiopía, Federación de Rusia, Finlandia, Indonesia, Irán (República Islámica del), Liechtenstein, Perú, Rwanda, Senegal, Sudáfrica, Sudán, Swazilandia y Túnez en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/64/SR.12) y 13.ª sesión (A/C.6/64/SR.13). Algunas delegaciones destacaron especialmente la relación entre el concepto de jurisdicción universal y las normas del derecho internacional sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios, señalando la necesidad de adoptar un enfoque ponderado al abordar la cuestión de la responsabilidad de las personas que cometen delitos tipificados por el derecho internacional.

¹⁶ Bélgica c. Senegal, interposición de demanda, 19 de febrero de 2009, www.icj-cij.org.

¹⁷ Alemania c. Italia, interposición de demanda, 23 de diciembre de 2008, www.icj-cij.org.

¹⁸ República del Congo c. Francia, interposición de demanda, 11 de abril de 2003, www.icj-cij.org.

¹⁹ En noviembre de 2008, en Frankfurt (Alemania) en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal francés, se detuvo a Rose Kabuye, jefa de protocolo del Presidente de Rwanda, que estaba acusada de estar involucrada en el asesinato del ex Presidente de Rwanda, perpetrado en 1994, a raíz del cual se desentendieron las matanzas en ese país. En marzo de 2009 la Sra. Kabuye fue puesta en libertad bajo fianza («France releases Rwandan official», *BBC News*, 23 de diciembre de 2008). Según informaciones de prensa, la causa se desestimó («Judicial restrictions on Rose Kabuye lifted», *The New Times* (Kigali)). En diciembre de 2009, el Tribunal de primera instancia de Westminster (Reino Unido) emitió una orden de detención contra la dirigente de la oposición de Israel Tzipi Livni, acusada de haber cometido crímenes de guerra en Gaza. En el período en el que ocurrieron los hechos de los que se la acusaba, la Sra. Livni ocupaba el cargo de Ministra de Relaciones Exteriores de Israel. Poco después, según informaciones de los medios de información, se retiró la orden de detención al determinarse que la Sra. Livni se encontraba fuera del territorio del Reino Unido («Tzipi Livni arrest warrant prompts Israeli government travel 'ban'», *The Guardian* (Londres), 15 de diciembre de 2009). Anteriormente, en el Reino Unido se había intentado detener a Ehud Barak, Ministro de Defensa de Israel, pero se reconoció que disfrutaba de inmunidad diplomática («Israeli minister Ehud Barak faces war crimes arrest threat during UK visit», *The Guardian*, 29 de septiembre de 2009). En España, en 2008 y 2009, se emprendieron investigaciones en relación con los cargos de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos en el Tibet, formulados contra altos funcionarios del Estado y dirigentes políticos de la

13. En reiteradas ocasiones, en el marco de la labor de la CIJ y en otros casos relacionados con la inmunidad de jurisdicción extranjera, los gobiernos han declarado su posición respecto de las deliberaciones mencionadas sobre la jurisdicción universal y del examen de las cuestiones relativas a la inmunidad de los funcionarios en las jurisdicciones nacionales²⁰. También se introdujeron modificaciones en la legislación de algunos Estados²¹.

14. En 2009, después de la publicación del memorando de la Secretaría y del informe preliminar, se aprobó la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes de derecho internacional²². Además, se han publicado nuevos trabajos sobre el tema²³.

15. El aspecto fáctico es muy importante a los fines del examen del tema por la Comisión. A fin de obtener resultados efectivos en la labor del Relator Especial es preciso tomar la realidad como punto de partida y no confundir lo que se desea con la situación real. Como describen Lutz y Reiger en una obra que contiene una

información fáctica muy interesante sobre el tema que se examina, en el período de 1990 a junio de 2008, se intentó procesar penalmente al menos a 67 jefes de Estado y jefes de gobierno en diferentes jurisdicciones, y unos 65 de esos casos se referían a jurisdicciones nacionales. Además, de esos 65 casos, unos 10 fueron intentos de procesar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno en Estados extranjeros, como los intentos de procesar penalmente a los ex jefes de Estado o de gobierno de la Argentina en España (5 causas), en Italia y Alemania (1 causa); de Chile en España (1 causa); del Chad en el Senegal y Bélgica (1 causa); y de Suriname en los Países Bajos (1 causa)²⁴. Esta lista de casos está lejos de ser exhaustiva. A ella podrían añadirse por lo menos los cargos presentados recientemente contra un dirigente chino en España y en la Argentina²⁵, así como las causas mencionadas en el informe preliminar²⁶. Ahora bien, en la gran mayoría de casos, los intentos de enjuiciar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno y a antiguos altos dirigentes de menor categoría²⁷ han resultado infructuosos. Estos hechos son de por sí bastante reveladores.

16. Si bien, por una parte, continúan los intentos de enjuiciar penalmente a altos funcionarios extranjeros, por otra, estos intentos tienen lugar en un número muy reducido de Estados y están relacionados casi exclusivamente con exfuncionarios, y únicamente se han obtenido resultados en los casos en que el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar da su consentimiento para su procesamiento, y esto sucede muy rara vez. Los únicos casos en que un Estado ha dado tal consentimiento en los últimos años han sido el del Chad, para procesar al ex Presidente de ese país, H. Habre, en el Senegal²⁸, y el de la Argentina, para procesar al exoficial Adolfo Scilingo (enjuiciado en España por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la «guerra

(Continuación de la nota 19.)

República Popular China (el ex Presidente de la República Popular China Jiang Zemin y el Ministro de Defensa Liang Guangli, entre otros). Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas en la legislación de España, que limitaban el alcance de la «jurisdicción universal», se sobreyeron las causas («Pedraz archiva la investigación por genocidio en Tíbet», *El País* (Madrid), 27 de febrero de 2010). En diciembre de 2009, en la Argentina se emitió una orden de detención contra Jiang Zemin y contra el jefe del Servicio de Seguridad Luo Gan, acusados de crímenes de lesa humanidad en relación con la persecución del movimiento Falun Gong («Argentine judge asks China arrests over Falun Gong», Reuters, 22 de febrero de 2009).

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 13.ª sesión (A/C.6/64/SR.13)*, declaraciones del Reino Unido e Israel, párrs. 6 y 7 y 18 a 21, respectivamente. Véanse también los materiales de las audiencias de la CIJ sobre medidas precautorias en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), audiencias públicas, 6 a 8 de abril de 2009 (CR 2009/8 a 2009/11), www.icj-cij.org.

²¹ Así, se introdujeron modificaciones en la legislación de España relativa al ejercicio de la jurisdicción universal. Se estableció el requisito de que debía existir un vínculo entre la causa y el Estado de España («Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction», www.cja.org; *The New York Times*, 21 de mayo de 2009).

²² Instituto de Derecho Internacional, «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, sesión de Nápoles, 2009.

²³ Por ejemplo, O'Donnell, «Certain Criminal Proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?»; Penrose, «The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law»; Lutz y Reiger, *Prosecuting Heads of State*; Buzzini, «Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case»; Rensmann, «Impact on the Immunity of States and their Officials»; Colangelo, «Universal jurisdiction as an international 'false conflict' of laws»; Roht-Arriaza, «Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala»; Summers, «Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?»; Ambos, «Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the 'torture memos' be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?»; Kaleck, «From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008»; Alderton, «Immunity for Heads of State acting in their private capacity—*Thor Shipping A/S v. The Ship 'Al Duhal'*»; y Gallagher, «Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture».

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ Véase la nota 19 *supra*.

²⁶ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, por ejemplo, la nota 209.

²⁷ Por ejemplo, los intentos realizados en Francia y Alemania por enjuiciar al Ministro de Defensa de los Estados Unidos D. Rumsfeld («French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case», Reuters, 23 de noviembre de 2007; Gallagher, *loc. cit.*, págs. 1109 a 1112). También es conocido el caso «Bush Six» (seis altos funcionarios del Gobierno de G. Bush, entre los cuales se encontraban el antiguo Fiscal General y el Viceministro de Defensa) en España (ibíd., pág. 1112 a 1114). Pese a la recomendación del Fiscal General de España, en enero de 2010, el Juzgado Central de lo Penal n.º 5, Audiencia Nacional de Madrid, confirmó la jurisdicción de España en este caso y autorizó la continuación de las actuaciones en relación con las denuncias contra los funcionarios de los Estados Unidos (esta causa está basada en la denuncia presentada en nombre de varias ONG de derechos humanos de España que representan los intereses de varias personas que fueron víctimas de torturas y otros tipos de tratos crueles y degradantes por parte de militares estadounidenses. La jurisdicción de España en esta causa fue confirmada, pese a la limitación de la «jurisdicción universal» en ese país de 2009, ya que el tribunal consideró suficiente el hecho de que una de las víctimas tuviera la ciudadanía española).

²⁸ Cabe señalar, en primer lugar, que incluso cuando el Chad renunció a la inmunidad de H. Habre, el tribunal senegalés se refirió a la inmunidad del ex jefe de Estado, y en segundo lugar, que el Senegal, al ejercer su jurisdicción penal en esta causa, se basaba en la decisión pertinente de la Unión Africana (véase UA, *Décision sur le proces d'His-sene Habre et l'Union Africaine*, Doc. Assembly/AU/3 (VII)). Véase también el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), medidas provisionales, providencia de 28 de mayo de 2009 (disponible en www.icj-cij.org).

sucia» de 1976-1983)²⁹. Se observa que hasta hoy sólo han tenido éxito los intentos de ejercer la jurisdicción universal en los casos en que el Estado interesado ha dado su consentimiento³⁰. En otros casos los Estados suelen responder negativamente a los intentos de ejercer la jurisdicción penal extranjera contra uno de sus funcionarios, aun cuando se trate de un exjefe de Estado o de gobierno, o de cualquier otro alto funcionario. Si el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar no coopera, es prácticamente imposible enjuiciar penalmente a esa persona de una forma debida y jurídicamente correcta. En consecuencia, por lo general,

²⁹ «Rights: Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser», Inter Press Service, 18 de abril de 2005.

³⁰ «The 'Pinochet Precedent': A Mixed Legacy for Human Rights», Jurist, www.jurist.org.

tales intentos sólo complican las relaciones entre los Estados³¹.

³¹ Como consecuencia de la amenaza de detención de T. Livni fueron canceladas varias visitas de altos representantes de Israel al Reino Unido y el empeoramiento de las relaciones bilaterales se abordó en una serie de publicaciones y en declaraciones formuladas por funcionarios del Estado («Israel fury at UK attempt to arrest Tzipi Livni», *BBC News*, 15 de diciembre de 2009). China protestó contra las decisiones que atentan contra dirigentes del país en España y Argentina («China warns Spain over Tibet lawsuit», *The New York Times*, 6 de junio de 2006; «China criticizes Argentina for arrest request of Jiang Zemin, Falung Gong support», *Voice of America*, 24 de diciembre de 2009). El intento de lograr la detención del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo en Bélgica dio lugar a una controversia entre Estados, cuyo examen se remitió a la CIJ (caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)). Los mandamientos de detención emitidos en Francia contra varios altos funcionarios rwandeses dieron lugar a que en 2006 se rompieran las relaciones diplomáticas entre Francia y Rwanda (*The New York Times*, 24 de noviembre de 2006).

Alcance de la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera

A. Consideraciones preliminares

17. En relación con el examen de las cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad, cabe recordar algunas de las disposiciones formuladas en el informe preliminar. En particular, el análisis que figura en los párrafos 56 a 59, 64 a 70 y 84 a 96 sirvió de base para formular las conclusiones que se presentan en los apartados e a j del párrafo 102. A efectos de examinar las cuestiones relativas al alcance de la inmunidad, son importantes las siguientes consideraciones:

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contraponen la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario³²;

f) La inmunidad de jurisdicción penal [...] es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de las actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

³² Obviamente, sería más preciso hablar de los derechos del Estado al servicio del cual se encontraba o se encuentra la persona que de los derechos de la persona. Es el Estado, y no la persona, quien tiene principalmente el derecho a invocar la inmunidad. La controversia sobre la violación de los derechos y obligaciones que se desprenden de la inmunidad surge entre el Estado que invoca la inmunidad y el Estado que ejerce la jurisdicción. Véase, por ejemplo, el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 17, párr. 40, donde se señala que «pese al cambio de la situación profesional del Sr. Yerodia, el carácter del litigio sometido ante la Corte por medio de la demanda no ha cambiado: la controversia todavía se refiere a la ilegalidad de una orden de arresto emitida [...] contra una persona que en ese momento era el Ministro de Asuntos Extranjeros del Congo, y la cuestión de si los derechos del Congo fueron o no violados por la orden»; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221. En el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), medidas precautorias, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 108, párr. 28, el Congo basó su solicitud de medidas provisionales en su derecho de «respeto por parte de Francia de las inmunidades conferidas por el derecho internacional [...] al jefe de Estado congoleño». Véanse también, en el Reino Unido, las observaciones formuladas por Lord Phillips de Worth Matravers: «Va de suyo que la base de la inmunidad que se reclama es una obligación hacia Chile y no hacia el senador Pinochet. La inmunidad que se alega es la de Chile» (*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.º 3) [2000] 1 AC 147, págs. 79 y 80).

g) La inmunidad [...] [c]onstituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado [...];

j) La inmunidad [...] posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades³³.

18. El hecho de que la inmunidad de jurisdicción extranjera constituya la norma, es decir, la regla general o la situación normal, y que su ausencia en un caso particular constituya una excepción a esa regla se reconoce de forma bastante general, aunque en la doctrina exista un punto de vista distinto³⁴. En este contexto, lo importante no es si el Estado debe o no invocar la inmunidad de su funcionario para que el Estado que ejerce la jurisdicción examine o considere la cuestión de la inmunidad (en la sección dedicada a los aspectos procesales se examinará más a fondo la cuestión de la invocación de la inmunidad). Es importante que en el caso de los altos funcionarios y de otros funcionarios en activo o de actos cometidos por exfuncionarios cuando se encontraban ejerciendo oficialmente su cargo se demuestre que existe una exención

³³ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 102.

³⁴ Desde esta perspectiva, en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) se hace referencia, en particular, a la necesidad de examinar la cuestión de si el derecho internacional prevé alguna exclusión o limitación de la inmunidad (párr. 88). Cabe también señalar que en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados y en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se establece el principio general de la inmunidad del Estado y se formulan disposiciones sobre las excepciones a ese principio. En cuanto al punto de vista según el cual la inmunidad no existe como norma general, véase, por ejemplo, el memorando de la Secretaría, primera nota del párrafo 215.

o una excepción a esa norma, es decir, la inexistencia de la inmunidad, y no la existencia de esa norma y, por consiguiente, la existencia de la inmunidad. Dado que la inmunidad se basa en el derecho internacional general, su ausencia (naturalmente, cuando en el caso concreto no se renuncia a la inmunidad) puede ser demostrada ya sea por una norma especial o por la existencia de la práctica y *opinio juris*, que demuestran que se han dado o se dan excepciones a la norma general. Es en esta consideración en que se basó el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica)³⁵. Por tanto no se puede convenir con las críticas formuladas contra este fallo en el sentido de que la Corte, en lugar de demostrar la existencia de la inmunidad, empezó por examinar la práctica de los Estados, las decisiones judiciales o los tratados internacionales, entre otros, para ver si existían pruebas de la ausencia de inmunidad³⁶. La Corte tampoco tenía que buscar pruebas para demostrar la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores, ya que, según la opinión prevaeciente, ésta era la norma existente. La Corte intentó demostrar la existencia de una norma sobre excepciones a la norma de la inmunidad, pero no lo consiguió.

19. Otra consideración preliminar que se desprende de las conclusiones arriba expuestas es que la inmunidad de un funcionario, ya sea un funcionario en ejercicio o un exfuncionario, no le pertenece al funcionario, sino al Estado. Por ejemplo, difícilmente podría decirse que goza de inmunidad un funcionario de un Estado que ha dejado de existir³⁷.

20. La última consideración preliminar es que el Relator Especial todavía no ve la necesidad de considerar la inmunidad de las medidas cautelares y la inmunidad de ejecución separadamente de la inmunidad de jurisdicción

³⁵ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 24, párr. 58.

³⁶ En su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la magistrada van den Wyngaert presenta esta crítica (ibíd., pág. 143, párr. 11). Frulli («The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes», párr. 3) presenta un análisis al respecto. En su opinión, la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores respecto de la jurisdicción extranjera sigue siendo objeto de controversia, al tiempo que la CIJ «no elaboró adecuadamente sus conclusiones sobre la existencia de reglas de derecho consuetudinario que otorguen dichas inmunidades absolutas a los ministros extranjeros [...]»; sus conclusiones no fueron confirmadas por la práctica de los Estados ni por la existencia de *opinio juris*, como se hizo con precisión en casos anteriores». Koller («Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court», pág. 15) también cuestiona la existencia de fundamentos para el reconocimiento de la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores, al señalar que la CIJ no demuestra la existencia de la norma correspondiente en el derecho internacional. «[L]a decisión de la Corte no deja claro por qué las funciones de los ministros extranjeros necesitan de tal inmunidad absoluta, en particular, en lo que respecta a visitas privadas a Estados extranjeros. La inmunidad de los jefes de Estado ante los tribunales extranjeros se deriva de la dignidad del Estado, no de las funciones del cargo. La Corte debe determinar un fundamento basado en las funciones a la medida en que dicha inmunidad se aplica a ministros extranjeros; no obstante, no resulta claro que dicho fundamento exista».

³⁷ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la causa *Honecker* (ex jefe de Estado de la República Democrática Alemana), de 1992, y sobre la causa contra los miembros del Gobierno de la ex República Democrática Alemana, que fueron declarados culpables de asesinatos, de 1996, así como la decisión del Tribunal Federal Supremo de Alemania sobre la causa relativa a los guardias fronterizos, de 1992 (véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), primera nota del párrafo 179).

penal en general³⁸. Desde el comienzo, en este estudio se entiende por jurisdicción penal la totalidad de actuaciones procesales penales que las autoridades aplican a un funcionario extranjero.

B. Inmunidad *ratione materiae*³⁹

21. La cuestión de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios de Estado que no sean los que forman parte de la denominada tríada fue examinada por la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia)⁴⁰. Se examinó la inmunidad del Fiscal General y del jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti. La Corte estimó que éstos eran altos funcionarios amparados por la inmunidad *ratione personae*. La Corte observó que

no existe en derecho internacional ninguna base que permita afirmar que los funcionarios del caso se puedan beneficiar de inmunidades personales, ya que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y que la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969, no resulta aplicable a este caso⁴¹.

Al constatar así que las personas no gozaban de inmunidad personal en este caso con arreglo al derecho internacional tanto consuetudinario como especial, la Corte no indicó expresamente que dichos funcionarios gozaran de inmunidad funcional. Por otra parte, de la lógica de lo expuesto en los párrafos 195 y 196 del fallo de la Corte se desprende que si Djibouti hubiese informado oportunamente a Francia de que los actos de dichas personas, que eran objeto de examen por parte de las autoridades francesas, eran actos de índole oficial, es decir, actos del propio Estado de Djibouti, y de que, por consiguiente, esas personas gozaban de inmunidad de la jurisdicción penal francesa respecto de esos actos, entonces podía plantearse la cuestión de que Francia garantizara el cumplimiento de las obligaciones que se desprendían de la inmunidad. En una formulación general al respecto, la Corte inclusive equiparó a los funcionarios con los órganos del Estado⁴². En el memorando de la Secretaría se presentan varios fallos de los tribunales en que se reconoce la inmunidad de los funcionarios con respecto a actos realizados con carácter oficial⁴³. Por lo visto, en la doctrina también existe consenso respecto de

³⁸ En la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y del jefe de gobierno en derecho internacional, se dedica una disposición separada a la inmunidad de ejecución («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», párr. 1). No obstante, el objeto de la resolución no es sólo la inmunidad de jurisdicción penal sino también de otros tipos de jurisdicción. En el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) también se señala que tal distinción se hace cuando se trata de otros tipos de jurisdicción, si bien se expresa asimismo la opinión de que la separación de la inmunidad de ejecución y la inmunidad de jurisdicción plantea algunas cuestiones específicas (párr. 230), y señala que tal vez valga la pena explorar una división de la inmunidad de ejecución en medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo (párr. 234).

³⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 154 a 212.

⁴⁰ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 243 y 244, párr. 194.

⁴² «El Estado que pretende invocar la inmunidad para uno de sus órganos debe informar a las autoridades del otro Estado de que se trate. Esto debería permitir a la jurisdicción del Estado del foro asegurarse de que no se viole el derecho de inmunidad, lo que podría provocar la responsabilidad del Estado» (ibíd., pág. 244, párr. 196).

⁴³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 169.

la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, a saber, todos los funcionarios del Estado, independientemente de su posición en la estructura de los órganos de poder del Estado⁴⁴.

22. Si se parte del supuesto de que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, entonces se debe responder a varias cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad. Se debe determinar qué actos pueden ser considerados actos de índole oficial, a diferencia de los actos de índole personal, si se trata de una inmunidad del Estado, y si su alcance es igual al de la inmunidad del Estado (en particular, si los funcionarios gozan de inmunidad respecto de actos de índole oficial *jus gestionis*). Es preciso aclarar si los actos *ultra vires* y los actos ilícitos pueden considerarse oficiales y si, en consecuencia, están abarcados en la inmunidad *ratione materiae*. Se debe resolver la cuestión de si los funcionarios gozan de inmunidad *ratione materiae* con respecto a actos realizados antes del período en que ejercieron el cargo, en el período en que ejercieron el cargo y después de haberlo ejercido. Es necesario comprender si la inmunidad *ratione materiae* depende del carácter de la estancia en el extranjero de la persona que goza de tal inmunidad en el momento en que se adopta la decisión de ejercer la jurisdicción penal extranjera respecto de esa persona. Cabe destacar que se trata en este caso de funcionarios que no gozan de inmunidad *ratione personae*. Es decir, que estos funcionarios no gozan de inmunidad de jurisdicción extranjera respecto de actos realizados a título privado. Al mismo tiempo, las respuestas a estas cuestiones se aplican también a los funcionarios de alto rango que gozan de inmunidad *ratione personae*. Además, se tratará aquí de la situación como regla general. La cuestión relativa a las posibles excepciones se examinará más adelante.

23. Al considerar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios, las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) convinieron en que, en general, los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad con respecto a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, ya que esos actos se consideran actos del propio Estado al que prestan servicios⁴⁵. Esta inmunidad, en esencia, se equipara a las partes que gozan de inmunidad del Estado⁴⁶. Al parecer, en este caso la Corte basó en este supuesto su fallo, en el que señaló que «tal reclamo [el reclamo reformulado de Djibouti de inmunidad de funciones con respecto al Fiscal General y al jefe del Servicio de Seguridad Nacional] es, en esencia, un reclamo de inmunidad del Estado de Djibouti, de los cuales el Fiscal General y el jefe del Servicio de Seguridad Nacional deberían poder beneficiarse»⁴⁷. Buzzini destaca esto en su

análisis del fallo⁴⁸. La Comisión también hizo referencia a esta cuestión en los comentarios que formuló hace casi 50 años respecto del proyecto de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción de los miembros del consulado:

La norma según la cual los miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción [...] del Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (actos oficiales) forma parte del derecho internacional consuetudinario. Esta exención constituye una inmunidad que se reconoce al Estado que envía por aquellos actos que corresponden a un Estado soberano. Por su naturaleza, tales actos están fuera de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil como de la penal o la administrativa. Como los actos oficiales no están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia, no pueden ser objeto de procedimiento penal⁴⁹.

⁴⁸ Buzzini, *loc. cit.*, págs. 462 y 463.

⁴⁹ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 130, párr. 2 del comentario al artículo 43. Esta opinión también está muy difundida en la doctrina. Por ejemplo, David (*Éléments de Droit Pénal International et Européen*, pág. 58) señala que «[l]a inmunidad de los agentes estatales no es más que una aplicación del principio de inmunidad de los Estados». Según Simbeye (*Immunity and International Criminal Law*, pág. 109), «[l]a conducta que se atribuye directamente a la acción del Estado es considerada como un acto del Estado. Dado que la persona en cuestión no comete esos actos en beneficio propio, los tribunales nacionales extranjeros deben otorgar inmunidad por tales actos. Aunque la persona en cuestión cometa el acto, debe considerarse que tiene inmunidad para el enjuiciamiento por esa conducta porque es su Estado el que ha actuado. El acto en sí mismo no es justiciable en un tribunal extranjero por un período indefinido». Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, pág. 103) observa que «[l]a inmunidad de funciones de (ex) funcionarios estatales extranjeros se enfoca a menudo como corolario de la regla de la inmunidad del Estado». A este respecto, la autora se basa en el conocido pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en la causa *Propend Finance c. Sing*: «La protección otorgada por la [Ley de inmunidad del Estado] a los Estados se vería socavada si los empleados, oficiales o [...] ‘funcionarios’ pudieran ser enjuiciados como particulares por asuntos concernientes a la conducta del Estado con respecto a los cuales el Estado para el cual oficinan tiene inmunidad. [Las disposiciones pertinentes de la Ley] deben leerse en el sentido de que otorgan a los empleados u oficiales particulares de un Estado extranjero la misma protección que se brinda al propio Estado» (ILR, vol. 611, pág. 669). No obstante, van Alebeek considera que «[l]a aplicación de la regla de la inmunidad del Estado a los funcionarios estatales extranjeros se puede explicar en diferentes términos. Como norma, los funcionarios estatales extranjeros no incurrir en responsabilidad personal por los actos cometidos bajo la autoridad de su Estado de origen» (*op. cit.*, pág. 106). «La responsabilidad no personal de los funcionarios estatales por actos cometidos en nombre del Estado puede verse como un principio autónomo que precede en su ejecución a la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado por los hechos del caso» (*op. cit.*, pág. 107). El Relator Especial no está convencido de que tal comparación de planteamientos sea correcta, con mayor razón porque éstos dan lugar al mismo resultado. Más adelante, van Alebeek continúa: «En resumen, los funcionarios estatales extranjeros gozan de inmunidad con respecto a sus actos oficiales. Los actos cometidos en tanto mero ejecutor o portavoz de un Estado extranjero son actos de ese Estado más que actos personales de los actores. Ello así, los funcionarios del Estado no pueden ser tenidos por responsables por sí mismos» (*op. cit.*, pág. 112). Además, sólo puede hablarse de la «no responsabilidad de los funcionarios extranjeros» (más aún, como un principio) bajo ciertas condiciones. En el derecho, como ya se señaló en el informe preliminar, la inmunidad y la responsabilidad son esencialmente dos cosas distintas. El comportamiento oficial de un funcionario se atribuye desde luego al Estado, pero ello no significa que ese comportamiento no pueda atribuirse al mismo tiempo a esa persona. Por ejemplo, el Estado al cual la persona presta servicios sólo tiene que renunciar a la inmunidad para que el Estado extranjero tenga la posibilidad de ejercer jurisdicción penal sobre dicha persona. No obstante, van Alebeek (*op. cit.*) señala que no se puede invocar la inmunidad en esos casos. En primer lugar, no se puede declarar la inmunidad. En segundo lugar, qué se puede hacer respecto del ejercicio de la responsabilidad sobre la base del derecho internacional con la jurisdicción penal internacional por el mismo acto. ¿Acaso esto cambia la atribución o la clasificación de un comportamiento como oficial?

⁴⁴ Véase *ibíd.*, párrafo 166 y la segunda nota de ese párrafo.

⁴⁵ Véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), nota 163.

⁴⁶ «Djibouti pide a la Corte que reconozca que un Estado no puede exigir a una persona que posee el estatuto correspondiente a un órgano de otro Estado responsabilidad penal individual por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, es decir, en el desempeño de sus obligaciones» CJI, CR 2008/3, 22 de enero de 2008, párr. 24. El consejero de Francia también abordó esta cuestión (véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), nota 163).

⁴⁷ *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 242, párr. 188.

24. El Relator Especial estima que es correcto utilizar el criterio de atribución de un comportamiento de un funcionario al Estado para determinar si el funcionario goza de inmunidad *ratione materiae* y cuál es el alcance de esa inmunidad⁵⁰. A este respecto, el Relator Especial considera que no existen razones objetivas para hacer una distinción entre la atribución de un comportamiento a efectos de determinar la responsabilidad, por un lado, y a efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente puede haber motivos para afirmar que, a efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el mismo acto del funcionario deba atribuirse al Estado y se considere al mismo tiempo un acto del funcionario mientras que, a efectos de la inmunidad de jurisdicción, el acto sólo se considere un acto del funcionario y no se atribuya al Estado.

25. La cuestión de determinar si el carácter del comportamiento de un funcionario es de índole oficial o personal y, por consiguiente, si ese comportamiento puede o no atribuirse al Estado, debería examinarse, por lógica, antes de examinar la cuestión de la inmunidad del funcionario en relación con dicho acto. Al formular observaciones sobre la cuestión relativa a la inmunidad en las funciones, en el párrafo 2 del artículo 39 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Denza señala que «la prueba correcta que debe aplicarse [...] es la de la imputabilidad. Si la conducta en cuestión es imputable o atribuible al Estado de envío —aun si no la ordenó o la sancionó expresamente— debe aplicarse la inmunidad continua *ratione materiae*»⁵¹.

26. En general, se reconoce que todo acto de un funcionario del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado⁵². Como observó la CIJ en el caso *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*

es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el comportamiento de cualquier órgano del Estado debe considerarse un comportamiento de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario⁵³.

En consecuencia, la cuestión es cuál comportamiento de un funcionario puede (o debe) considerarse de índole oficial y, por lo tanto, es atribuible al Estado, es decir, que debe considerarse un comportamiento del Estado, y cuál no puede considerarse como tal y puede (o debe) considerarse comportamiento de índole personal. Por lo tanto, se trata del criterio sobre la base del cual se puede determinar que el funcionario del Estado ha actuado como tal y no a título personal.

⁵⁰ Véase el párrafo 89 del informe preliminar (nota 4 *supra*), así como la conclusión que figura en el apartado *h* del párrafo 102. En este sentido, el Relator Especial comparte el punto de vista de la Secretaría respecto de la atribución, que se define en el párrafo 156 del memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*).

⁵¹ Denza, «*Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*», pág. 951. Véase también Denza, *Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*.

⁵² Véase el comentario de la Comisión sobre el artículo 4 (Comportamiento de los órganos del Estado) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 41 a 44.

⁵³ Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 62; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66.

27. La Comisión ya ha examinado también esta cuestión. En su comentario sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se señala:

Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal. A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado⁵⁴.

Por lo tanto, la Comisión es de la opinión de que para que los actos de un funcionario se consideren actos que éste ha realizado en su calidad de tal, es decir, actos oficiales, éstos tienen que haberse realizado de manera aparente en esa calidad o «bajo las apariencias de autoridad»⁵⁵. De todo esto se desprende que la caracterización del comportamiento de un funcionario como comportamiento oficial no depende de los motivos de la persona ni del contenido del comportamiento, sino que se define por el hecho de que el funcionario actúe como tal. Para juzgar si los actos

⁵⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 13 del comentario al artículo 4. Véanse los ejemplos de la distinción entre «la conducta no autorizada de un órgano del Estado y la conducta puramente privada» en las decisiones de arbitrajes internacionales. Un criterio un tanto diferente aplicó el tribunal japonés que entendió en las causas penales incoadas contra soldados estadounidenses que prestaban servicios en el territorio del Japón, a fin de determinar si los actos que eran objeto de examen se habían realizado con carácter oficial o personal. En su análisis, se consideró si esos actos se habían cometido en interés del servicio. Así, en la causa *Japan v. William S. Girard*, en los cargos formulados contra un soldado estadounidense de haber causado lesiones seguidas de muerte, el tribunal señaló que «[s]i bien el Tribunal está en condiciones de reconocer que el caso tuvo lugar mientras el acusado se encontraba en servicio oficial y que sucedió en el lugar de prestación del servicio, el caso no tiene conexión directa con la ejecución de la tarea de guardia de una ametralladora, de acuerdo a las órdenes de un oficial superior. [...] [E]l acto no fue cometido en el proceso de ejecución de un servicio oficial», y más adelante: «el acto sólo puede ser concebido como un comportamiento excesivo, [...] un acto simplemente cometido con el único propósito de satisfacer un capricho momentáneo del acusado» (Tribunal de Distrito de Maebashi, 19 de noviembre de 1957, *The Japanese Annual of International Law*, n.º 2 (1958), págs. 132 y 133). En el examen del recurso de apelación al fallo del Tribunal Superior de Osaka en la causa contra otro soldado de los Estados Unidos (a quien se le acusaba de haber infligido lesiones físicas durante un intento de violación), el Tribunal Supremo del Japón confirmó que «el juzgado de primera instancia juzga con razón que la disposición «en el ejercicio de un servicio oficial» del párrafo 3, apdo. a, inc. ii) del artículo XVII del Acuerdo Administrativo [dicho artículo del Acuerdo entre el Japón y los Estados Unidos establece la prioridad de la jurisdicción de los Estados Unidos en el caso de que un soldado estadounidense cometa un delito como resultado de acciones realizadas en el desempeño de sus funciones] debe interpretarse en el sentido de «en el curso de la prestación del servicio oficial» más que «en horario de servicio oficial»; y como se aplica al presente caso, la conducta del acusado, aunque se encontraba en horario de servicio oficial, fue de naturaleza privada e independiente de su servicio oficial, y en consecuencia no constituye una infracción «ocasionada por un acto u omisión cometido durante la prestación de un servicio oficial» (*Japan v. Dennis Cheney*, Tribunal Supremo del Japón, 3 de marzo de 1955, *ibíd.*, pág. 137).

Este criterio tiene sus seguidores en la doctrina. Simbeye (*op. cit.*, pág. 128), por ejemplo, observa que «[a] los efectos de actuar como órganos del Estado en sus funciones oficiales, los jefes de Estado y de gobierno deben actuar en consonancia con la posición de su Estado en un asunto dado, o actuar dentro de los límites de acción dados por el Estado. Sólo en este único y exclusivo caso sus actos serán considerados oficiales».

⁵⁵ Véase la nota precedente. Como señala van Alebeek (*op. cit.*, pág. 113), «[e]n general puede decirse que toda autoridad ostensible se acepta como autoridad real». Véase también Watts, «The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers», págs. 56 y 57.

de un funcionario son de carácter oficial o personal es necesario tener en cuenta las circunstancias de cada situación concreta⁵⁶.

28. Otra cuestión que debe considerarse es la de si la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que parece pertinente en el contexto de la inmunidad de los Estados, también se aplica en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Al señalar que en la doctrina existen opiniones encontradas sobre esta cuestión, la Secretaría concluye en su memorando que

parecería haber fundamentos razonables para considerar que un órgano del Estado que realice un acto *jure gestionis* que es atribuible al Estado está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto⁵⁷.

El Relator Especial puede convenir con esto. Como ya ha señalado la Comisión, a efectos de atribuir un comportamiento a un Estado «no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como ‘comercial’ o como *acta iure gestionis*»⁵⁸. En tal caso, el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de su funcionario no son iguales, pese a que se trata fundamentalmente⁵⁹ de la misma inmunidad. El funcionario que realiza un acto de índole comercial, cuando ese acto se atribuye al Estado, goza de inmunidad de jurisdicción extranjera, mientras que el propio Estado no goza de tal inmunidad con respecto a ese acto (si se trata de la jurisdicción civil o penal aplicable al funcionario, respecto del Estado sólo puede aplicarse la jurisdicción civil)⁶⁰.

29. Otra cuestión es si un comportamiento *ultra vires* o comportamiento ilícito puede atribuirse al Estado y, por consiguiente, quedar amparado por la inmunidad. Se debe establecer una distinción entre el concepto de «acto de un funcionario en su calidad de tal», es decir un «acto oficial», del concepto de «acto comprendido en las funciones oficiales». El primer concepto abarca al segundo, pero es más amplio. Ya en 1961, en su comentario sobre el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, de conformidad con el cual «[l]os miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción [...] del Estado de

residencia por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»⁶¹, la Comisión observó:

Según el parecer de algunos miembros de la Comisión, debía precisarse que sólo gozan de la inmunidad de jurisdicción los actos oficiales ejecutados dentro de los límites de las atribuciones consulares. La Comisión no pudo aceptar este parecer⁶².

Los actos realizados al margen de las funciones del funcionario que actúa en calidad de tal no se convierten en actos personales. Estos actos, si se realizan en el marco de las funciones, y adquieren, por ejemplo, carácter *ultra vires*, siguen siendo actos oficiales y, por consiguiente, se atribuyen al Estado. El artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos está dedicado a esa cuestión⁶³. Como señala la Comisión en el comentario al artículo 5 del mismo proyecto de artículos:

El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que regulan su actividad. En este último caso, no obstante, el órgano actúa en nombre del Estado⁶⁴.

En consecuencia, la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera se aplica a los funcionarios que han cometido tales actos. Como observa Buzzini:

La exclusión en términos generales de los actos *ultra vires* de la esfera de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera sería problemática puesto que podría conducir a desvirtuar completamente el propósito de tal inmunidad; en la mayoría de los casos, la conducta oficial que conlleva una infracción penal debería también probablemente considerarse como *ultra vires*⁶⁵.

⁶¹ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 130, artículo 43 (Inmunidad de jurisdicción).

⁶² *Ibid.*, pág. 131, párr. 3 del comentario al artículo 43. Más adelante, la Comisión agregó que «[e]n efecto, suele ser muy difícil establecer un límite preciso entre lo que es aún un acto oficial del funcionario consular que corresponde al ejercicio de las funciones consulares y lo que ya constituye un acto privado o una comunicación personal que excede esas funciones» (*ibid.*). Esto último sólo confirma la necesidad de evaluar las circunstancias de cada caso concreto.

⁶³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26:

«Artículo 7. *Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones*

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.»

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 13 del comentario al artículo 4. Véase también *ibid.*, pág. 48, párrs. 7 y 8 del comentario al artículo 7.

⁶⁵ Buzzini, *loc. cit.*, pág. 466. Al mismo tiempo se debe tener en cuenta la jurisprudencia nacional, que se basa en el enfoque contrario a los actos *ultra vires*. Ejemplo de ello es el del fallo de la Corte Suprema de Filipinas en la causa *United States of America and other v. Luis R. Reyes and others* (G. R. n.º 79253, 1.º de marzo de 1993). En esa causa se recurrió contra la decisión de la Corte de denegar la solicitud de los Estados Unidos de desestimar la demanda civil contra la parte demandada (una ciudadana estadounidense que estaba prestando servicios en una sección del Grupo Mixto de Asistencia Militar de los Estados Unidos). La solicitud se basaba en el argumento de que los Estados Unidos gozaban de inmunidad jurisdiccional respecto de esa demanda, así como en la inmunidad de enjuiciamiento de la parte demandada en razón de que los actos fueron cometidos por ella en el desempeño de sus funciones oficiales. Por su parte, el demandante insistía en que los actos cometidos por la parte demandada (inspección personal e inspección de un automóvil en presencia de personas ajenas y de forma discriminatoria) no formaban parte de sus funciones oficiales, constituían actos *ultra vires* y debían considerarse actos de índole privada. Los Estados Unidos alegaban que aun si el acto de la demandada «fue *ultra vires*, seguiría gozando de inmunidad contra

⁵⁶ «Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 13 *in fine* del comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos). Al mismo tiempo, no se puede soslayar el hecho de que en la doctrina no se ha llegado a un consenso a este respecto. Está muy difundida la opinión de que al menos debe tenerse en cuenta el contenido del comportamiento para determinar el carácter oficial de ese comportamiento y para resolver la cuestión de su atribución al Estado. A este respecto, véase el debate sobre los actos que constituyen delitos en virtud del derecho internacional, así como sobre las circunstancias que excluyen la inmunidad de los funcionarios (párrs. 57 y ss., *infra*)

⁵⁷ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 161.

⁵⁸ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 6 del comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁵⁹ Cabe destacar que en el pasaje del fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) que se presenta en el párrafo 23 *supra*, la CIJ emplea las palabras «en esencia». Véase también la nota 47 *supra*.

⁶⁰ A este respecto, cabe recordar que, tal como se señala en el informe preliminar (nota 5 *supra*), párr. 89, esto no significa que dicho acto no pueda atribuirse simultáneamente al funcionario.

30. Dificilmente se puede convenir en que el comportamiento de un funcionario que está fuera de los límites de las funciones del Estado pueda considerarse igual al comportamiento de ese Estado aunque, dado que dicho comportamiento escapa al ámbito de las funciones del Estado, no esté comprendido en la inmunidad⁶⁶. Este punto de vista se justifica por que la inmunidad del Estado y sus funcionarios tienen por objeto defender las funciones soberanas del Estado, y la inmunidad no puede aplicarse a los actos que no caen dentro del ámbito de las funciones del Estado⁶⁷. Ahora bien, la inmunidad protege la función soberana en sí —ésta ya sería simplemente una abstracción que no guarda relación alguna con la realidad— y, como se ha señalado más arriba, la soberanía propiamente dicha y a quien la ostenta —el Estado— de la injerencia extranjera⁶⁸.

31. La inmunidad *ratione materiae* se extiende también a los actos cometidos por un funcionario en su calidad de tal, y que constituyen delitos. Este razonamiento, al parecer, también se aplica a los actos *ultra vires* de los funcionarios. Los actos ilícitos que un funcionario ejecuta en su calidad de tal constituyen actos oficiales, es decir, actos del Estado. En el Canadá, como señaló el Tribunal de Apelación de Ontario en el fallo de la causa *Jaffe*, en que se hacía referencia a actos ilícitos cometidos por funcionarios de los Estados Unidos, «[I]a naturaleza ilegal y dolosa de los actos alegados no coloca por sí misma a las acciones fuera del ámbito de los servicios oficiales de los demandados»⁶⁹. Como señaló Watts en relación con la cuestión de la inmunidad de los exjefes de Estado,

(Continuación de la nota 65.)

un enjuiciamiento ya que la regla de que los oficiales o empleados públicos pueden ser enjuiciados en su capacidad personal por actos *ultra vires* y torticeros es 'derecho nacional' y no es aplicable en derecho internacional. Se alega que la aplicación de la doctrina de la inmunidad no afecta la ilegalidad del acto u omisión atribuible al nacional extranjero, si fuere el caso; el concepto de inmunidad carecería de sentido si la determinación de la ilegalidad o ilicitud del acto u omisión tuviera que ser hecha primero, antes de considerar la cuestión de la inmunidad; en otras palabras, la inmunidad existirá sólo si tal acto u omisión fuera encontrado legal». Sin embargo, la Corte no consideró convincentes los argumentos presentados por los Estados Unidos y desestimó el recurso, señalando que «[I]a protección otorgada a los oficiales y agentes del gobierno desaparece en el momento en que son enjuiciados en su capacidad individual. Esta situación a menudo se presenta en los casos de actos públicos oficiales llevados a cabo sin autoridad o en exceso de los poderes concedidos. Es un principio bien establecido del derecho que un funcionario público podría ser responsable en su capacidad privada por cualquier daño que haya causado con su conducta si fuera cometido con dolo y mala fe, o más allá del alcance de su autoridad o jurisdicción» (*Philippine Laws and Jurisprudence Databank*).

⁶⁶ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 206, última nota.

⁶⁷ Stern, por ejemplo, señala que «las inmunidades u otras doctrinas de protección del Estado y sus representantes fueron elaboradas para proteger la función soberana y nada más que eso: debe excluirse del beneficio de esta protección todo lo que no concierna a dicha función soberana» («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», pág. 516).

⁶⁸ Es importante la cuestión de quién desempeña el papel decisivo en la determinación de si los actos se han cometido a título oficial o personal. ¿Es suficiente que el Estado al que el funcionario presta servicios notifique al Estado que ejerce la jurisdicción que los actos se han realizado con carácter oficial? ¿Es necesario que ello se demuestre ante un tribunal y, por consiguiente, la función decisoria corresponda al tribunal? ¿Existe acaso una respuesta general a estas preguntas para todos los casos, o la respuesta depende de las circunstancias concretas de cada caso? Estas cuestiones se examinan de forma más detallada en la parte del informe preliminar dedicada a los aspectos procesales de la inmunidad.

⁶⁹ Canadá, Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), ILR, vol. 95, pág. 460.

[un] jefe de Estado puede claramente cometer un delito a título personal; sin embargo, también parece igualmente claro que, en el transcurso de sus funciones públicas de jefe de Estado, puede incurrir en conductas que pueden estar viciadas por el delito u otras formas de actos ilícitos. La prueba crítica parece ser si la conducta en que se incurrió fue o no en ostensible ejercicio de la autoridad pública del jefe de Estado. En este caso se la debe considerar como conducta oficial, y de lo contrario, como un asunto sujeto a la jurisdicción de otros Estados *sea o no* que esta conducta fuera ilícita o ilegal según la ley de su propio Estado⁷⁰.

La afirmación de que la inmunidad no se aplica a tales acciones hace de la propia idea de la inmunidad un sentido. La cuestión del ejercicio de la jurisdicción penal respecto de cualquier persona, incluido un funcionario extranjero, se plantea sólo cuando existen sospechas de que su comportamiento es ilícito y, más aún, constituye delito. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es necesaria. Como se señala en el memorando de la Secretaría,

[s]i se considerara que los actos ilícitos o delictivos, como cuestión de principio, son «no oficiales» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, la propia noción de «inmunidad» quedaría despojada de gran parte de su contenido⁷¹.

32. Dado que la inmunidad *ratione materiae* protege al funcionario únicamente respecto de los actos que éste

⁷⁰ Watts, *loc. cit.*, págs. 56 y 57. Todas las consideraciones presentadas por Watts se refieren a otros funcionarios de Estado.

⁷¹ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 160 (véase asimismo la nota). Véase también la posición de los Estados Unidos en la causa *Reyes* (nota 65 *supra*). Entre otras cosas, cabe observar que los expertos que argumentan en favor de la inmunidad de los funcionarios en relación con la comisión de actos delictivos, en su mayoría limitan el ámbito de estos actos a los delitos tipificados en el derecho internacional, es decir, a los delitos más graves. Véase, por ejemplo, Simbeye, *op. cit.*, pág. 127: «Los funcionarios del Estado, incluidos los jefes de Estado o de gobierno, pueden cometer delitos mientras están en funciones. Sin embargo, es discutible que la comisión de ciertos actos pueda excluir a un individuo de ser considerado como órgano del Estado a los fines del derecho internacional. Si un individuo comete un delito internacional no puede ser considerado como que actúa en tanto órgano del Estado ni bajo la legislación nacional ni bajo el derecho internacional» (ibíd., pág. 127). Simbeye prosigue: «En materia de derecho penal internacional, los Estados, en tanto entidades abstractas, no pueden condenar o sancionar una conducta como punible bajo la jurisdicción penal, ni tampoco ejecutar tales actos por sí mismos. [...] [E]n una situación en que las normas consuetudinarias prohíben ciertos actos o existe un tratado ratificado por el Estado en cuestión, la imputabilidad es imposible» (ibíd. pág. 129). Stern también considera que «no deben permitirse las inmunidades para proteger a un Estado o a sus representantes en casos penales ni en casos civiles en que se hubiera cometido un delito internacional, puesto que ese acto debe ser considerado fuera de las funciones del Estado» («Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?», págs. 448 y 449). No obstante, aclara que «[s]i se considera que los actos oficiales gozan de inmunidad, debe concederse que no es porque un acto sea ilegal que *ipso facto* deje de ser considerado como un acto oficial: si esto fuera cierto, la institución de la inmunidad no tendría sentido, ya que fue precisamente instituida para proteger al jefe de Estado del enjuiciamiento» (Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?, pág. 99). Sin embargo, al parecer, incluso en los casos mencionados, los actos realizados por una persona a título oficial se atribuyen al Estado con todas las consecuencias del caso. A este respecto véase Dominicé («Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», págs. 304 y 305): «Algunos jueces declararon [en el caso *Pinochet*] que no es función de un jefe de Estado ordenar actos de tortura manifiestamente contrarios al derecho internacional. [...] Ello significaría que el derecho internacional modifica las atribuciones constitucionales de un jefe de Estado. ¿Y con qué criterio? ¿Según que el acto sea o no contrario al derecho internacional? Esta construcción no es satisfactoria. Un acto de función es un acto de función, aun si es contrario al derecho internacional. En esta hipótesis, conlleva la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de la del individuo-órgano».

realiza en su calidad de tal, esa inmunidad no abarca los actos realizados por esa persona a título personal, antes de asumir el cargo. Esos actos no son actos atribuibles al Estado y tampoco adquieren ese carácter cuando esa persona empieza a ejercer una función pública.

33. A la inversa, en el caso de un exfuncionario que gozaba de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados en el ejercicio de su cargo, esos actos no dejan de considerarse actos del Estado porque el funcionario haya cesado en el cargo y, por consiguiente, éste continúa gozando de esa inmunidad, que constituye en esencia una inmunidad del Estado⁷².

34. De tal razonamiento se desprende también que el carácter de la estancia de un funcionario o un exfuncionario en el extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción, difícilmente podría influir en la inmunidad *ratione materiae*. Por lo visto, esa persona gozará de inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con los actos que haya realizado en su condición de funcionario, independientemente de si se encuentra en el extranjero en una visita oficial o de viaje con fines personales⁷³.

C. Inmunidad *ratione personae*⁷⁴

35. Esta sección del presente informe trata únicamente sobre la cuestión del alcance de la inmunidad *ratione personae* y no examina la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de la misma. El Relator Especial parte del supuesto de que la denominada tríada (el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores) y algunos otros altos funcionarios del Estado gozan de tal inmunidad.

36. Como se señaló en el informe preliminar:

La inmunidad *ratione personae* se aplica a los hechos de un funcionario del Estado realizados a título oficial y personal tanto antes de asumir sus funciones, como durante su desempeño⁷⁵.

⁷² Según Cassese, la inmunidad «no cesa cuando finalizan las funciones oficiales del agente del Estado (la razón es que como el acto se atribuye legalmente al Estado, cualquier responsabilidad jurídica sólo puede atribuirse al Estado)» («When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case», pág. 863). O'Donnell (*loc. cit.*, págs. 384 y 385) señala que «[c]uando [un agente diplomático] deja el servicio, la inmunidad cesa con respecto a los actos privados (inmunidad *ratione personae*, o inmunidad personal), pero continúa para los actos oficiales. La protección limitada de la inmunidad *ratione materiae*, o inmunidad de funciones, acordada a los actos oficiales proviene del convencimiento de que 'los actos del embajador se atribuyen a su gobierno, más que a una elección personal'». La autora cita a Michael A. Tunks, «Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pág. 651.

⁷³ Además de gozar de la inmunidad *ratione materiae*, los funcionarios que se encuentren en el extranjero en visita oficial también gozan, desde luego, de inmunidades basadas en otras normas del derecho internacional, por ejemplo, las normas que rigen el estatuto de los miembros de misiones especiales o de las delegaciones en los órganos de las organizaciones internacionales. Por supuesto, en el caso de un exfuncionario que visita un Estado extranjero ya no se plantea la cuestión del carácter de su visita, puesto que esa visita no puede considerarse oficial. A su vez, esto no afecta a la inmunidad *ratione materiae*.

⁷⁴ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 94 a 153.

⁷⁵ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 79; véase también el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 137.

La existencia de esta inmunidad se explica por la importancia que el Estado atribuye al ejercicio de su soberanía, así como a la representación del funcionario en cuestión en las relaciones internacionales⁷⁶. Desde este punto de vista, en la actualidad existe una paridad en la importancia de los cargos de jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y, posiblemente, de algunos otros funcionarios, y la del cargo de jefe de Estado. Por ello, al parecer, carece de sentido, al menos en la etapa actual de trabajo sobre este tema, examinar por separado el alcance de la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y otros funcionarios que puedan gozar de esta inmunidad⁷⁷.

37. Como se señala en el memorando de la Secretaría:

El alcance material de esta inmunidad está bien establecido tanto en las decisiones judiciales como en la doctrina, que a menudo expresan esta idea calificando a la inmunidad *ratione personae* como «completa», «plena», «integral» o «absoluta»⁷⁸.

En cuanto a su alcance, esa inmunidad de jurisdicción penal extranjera se compara frecuentemente con la inmunidad análoga otorgada por el Estado a los jefes de misiones diplomáticas u otros agentes diplomáticos con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁷⁹ y al derecho internacional consuetudinario, o a los representantes del Estado que envía y a los miembros del personal diplomático de las misiones especiales con arreglo a la Convención sobre las Misiones Especiales. Ésta puede considerarse como complementaria a la inmunidad *ratione materiae* o como que abarca la inmunidad *ratione materiae*, ya que, mientras la persona ocupa un alto cargo, abarca, además de los actos realizados a título oficial, los actos realizados a título personal, tanto durante el período en que la persona ocupa el cargo como antes de éste. Al estar vinculada a determinado alto cargo, la inmunidad personal es de carácter temporal y termina cuando deja de ocuparse el cargo⁸⁰. Por lo tanto, al parecer, tampoco influyen en la inmunidad *ratione personae* ni el hecho de que los actos en relación con los cuales se ejerce la jurisdicción hayan sido cometidos por el funcionario al margen del ejercicio de sus funciones ni la índole de su estancia en el extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción⁸¹.

⁷⁶ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 93.

⁷⁷ Al referirse a la forma en que la CIJ, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, explica el alcance de la inmunidad *ratione personae* con respecto a un ministro de relaciones exteriores, la Secretaría señala en su memorando (nota 5 *supra*), párr. 138: «Podría hacerse la misma afirmación, *mutatis mutandis*, para describir y explicar la posición del jefe de Estado, el jefe de gobierno o cualquier otro funcionario que goce de la misma inmunidad».

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 137.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 139. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. Francia*), la CIJ recordó que «la regla de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, es necesariamente aplicable a los jefes de Estado» (*C.I.J. Recueil 2008*, pág. 238, párr. 174).

⁸⁰ Véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), párrs. 79 a 83.

⁸¹ Se han expresado también otras opiniones distintas a este respecto. Por ejemplo, en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se señala que «si [el ministro de relaciones exteriores] tiene también derecho a las inmunidades durante sus viajes privados, y cuál es el alcance de esas inmunidades eventuales, resulta mucho menos

D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado

38. En el marco de este tema, por jurisdicción penal se entiende no sólo la etapa judicial del proceso penal, sino todo el conjunto de actuaciones procesales penales que el Estado adopta contra el funcionario extranjero. Como se señala en el informe preliminar,

[1]a inmunidad de jurisdicción penal extranjera protege al beneficiario no sólo contra el procedimiento y las actuaciones procesales de los órganos judiciales y las fuerzas del orden del Estado extranjero que tiene la jurisdicción (*cabe preguntarse** si no sería más exacto que en vez de hablar de inmunidad de jurisdicción o procedimiento penales extranjeros de los funcionarios del Estado, se hablara de inmunidad respecto de determinadas medidas de procedimiento y del procesamiento penal del Estado extranjero. Sin embargo esta pregunta no podrá responderse hasta que se haya examinado el alcance de la inmunidad)⁸².

Esto distingue sustantivamente ese tema de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción civil.

39. A la cuestión de si la inmunidad protege a un funcionario de toda medida que pudiera ser adoptada en el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, o si sólo lo protege contra algunas de ellas, se debe añadir la cuestión de si tales medidas pueden aplicarse a un funcionario cuando éste no es un sospechoso sino que participa en la causa penal en otra capacidad, en particular, como testigo.

40. En su fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ concluyó que

las funciones de un ministro de relaciones exteriores son tales que, durante toda la duración de su función, beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad totales en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra todo acto de autoridad de parte de otro Estado que obstaculizara el ejercicio de sus funciones⁸³.

Más adelante la Corte añade:

Así pues, si un ministro de relaciones exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de una imputación cualquiera, se encontrará claramente impedido de ejercer las tareas inherentes a sus funciones. [...] Además, el simple hecho de que un ministro de relaciones exteriores que se dirija a otro Estado o que lo atraviese pueda verse expuesto a un procedimiento judicial, puede disuadirlo a desplazarse al extranjero en los casos en que debe hacerlo para cumplir sus funciones⁸⁴.

(Continuación de la nota 81.)

claro» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 88, párr. 84). Watts establece una distinción entre las visitas oficiales y privadas de los jefes de Estado a un Estado extranjero desde el punto de vista del alcance de la inmunidad. Entre otras cosas, Watts expresa dudas respecto de si un jefe de Estado goza de inmunidad durante una visita privada en los tres casos que constituyen excepciones a la inmunidad del agente diplomático de conformidad con el artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (demandas relativas a bienes inmuebles, a cuestiones de sucesión y a actividades realizadas al margen de las funciones oficiales). También observa que un jefe de Estado «no puede ser enjuiciado con respecto a [...] actos oficiales mientras esté en servicio, o aun después de que haya cesado su servicio, y debe concedérsele también inmunidad con respecto a tales actos en sus viajes privados» (*loc. cit.*, pág. 74).

⁸² Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 66.

⁸³ Fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 55. Al aplicar este criterio, la CIJ llegó a la conclusión de que la orden de detención violaba la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. Las conclusiones de la Corte a ese respecto coinciden en gran medida con los argumentos planteados en la causa por la parte de la República

Así, la CIJ, en las circunstancias de dicha causa (recuérdese que se trataba de determinar la legalidad de una orden de detención emitida contra un ministro de relaciones exteriores de otro Estado), formuló criterios para resolver la cuestión de si es posible aplicar determinada medida de procesamiento penal contra un funcionario extranjero: el Estado que ejerce o que tienen la intención de ejercer la jurisdicción penal respecto de un funcionario extranjero no puede llevar a cabo actuaciones procesales penales que impidan que esa persona cumpla sus funciones. (Cabe observar que este criterio fue determinado por la Corte en relación con el ministro de relaciones exteriores implicado en dicha causa.)

41. Este criterio fue desarrollado en cierta medida en el fallo de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. Al examinar la cuestión de si el hecho de que se cite o se requiera la comparecencia de un jefe de Estado como testigo en una causa penal constituye una violación de la norma relativa a la inmunidad de los jefes de Estado, la Corte, basándose en la posición expuesta más arriba en el fallo del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, observó que «[p]ara determinar si hubo o no un atentado a la inmunidad del jefe de Estado se debe verificar si éste fue objeto de un acto apremiante de autoridad»⁸⁵. Basándose en ese criterio, la Corte llegó a la conclusión de que

La citación dirigida por el juez de instrucción francés [...] al Presidente de la República de Djibouti no estaba asociada a medidas coercitivas [...]; en efecto, se trataba de una simple invitación a testificar, que el jefe de Estado podía aceptar o rechazar libremente. En consecuencia, Francia no atentó contra las inmunidades de jurisdicción penal de que goza el jefe de Estado, puesto que *no se le impuso ninguna obligación** en el marco de la instrucción del asunto *Borrell*⁸⁶.

Democrática del Congo, pese a que, al parecer, la Corte limita el conjunto de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad, mediante la introducción del criterio señalado. En su memoria de 15 de mayo de 2001, la República Democrática del Congo, entre otras cosas, señala: «La inviolabilidad y la inmunidad son en efecto *funcionales*, en el sentido de que son acordadas automáticamente por el derecho internacional general a la persona que se beneficia de ellas como consecuencia de las funciones oficiales que ejerce y con el objeto de permitirle el buen desempeño mediante su protección contra *toda* injerencia extranjera no autorizada por el Estado que esa persona representa» (párr. 47). En lo que respecta a la propia orden de detención, añade: «El simple temor de la ejecución de una orden de arresto tiene el efecto de limitar los desplazamientos al extranjero del ministro imputado, ocasionando así un perjuicio a la buena marcha de las relaciones internacionales de su Estado que los principios de inviolabilidad e inmunidad tienen el fin de proteger» (párr. 52).

⁸⁵ *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 237, párr. 170.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 237, párr. 171. Francia adoptó una posición similar al señalar que «la limitación de la libertad de acción necesaria a un jefe de Estado para poder ejercer sus funciones tiene, por sí sola, el carácter de desconocer la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de que goza» (*ibid.*, pág. 236, párr. 167). En su contramemoria de 13 de julio de 2007, Francia señala que «en general, una solicitud de testimonio dirigida al representante de una potencia extranjera no tiene [...] carácter obligatorio y se trata de una simple invitación, que no atenta contra la inmunidad de jurisdicción penal ni la inviolabilidad de que benefician los jefes de Estado extranjeros, lo que Francia reconoce sin reservas» (párr. 4.41, apdo. iii). A su vez, en su memoria de 15 de marzo de 2007, Djibouti, al reconocer que una citación para prestar testimonio es distinta de una orden de detención (en relación con el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*), observó que por sí solo un requerimiento de comparecencia ante el tribunal ya constituye una violación de la inmunidad («Es cierto que una citación para testificar no es de por sí un acto coercitivo comparable a una orden de detención, pero igualmente no hay dudas de que tiene un componente coercitivo, del propio hecho de que la intimación a comparecer se dirige a la persona convocada: tal

Por consiguiente, la Corte precisó que una medida de procedimiento penal contra un funcionario extranjero violaba su inmunidad si ésta entorpecía o impedía que esa persona ejerciera sus funciones al imponerle obligaciones⁸⁷.

42. Al aplicar ese criterio, la CIJ redujo el ámbito o el alcance de la inmunidad en comparación, por ejemplo, con el fallo del tribunal de la República Federal de Alemania en la causa *Honecker*, de 1984, según el cual «[t]oda consulta o investigación por parte de la policía o el ministerio público es [...] inadmisibles»⁸⁸. Es evidente que, en los casos en que se aplica el criterio formulado por la Corte, la inmunidad está lejos de impedir la aplicación de todas las medidas procesales penales contra un funcionario extranjero, e impide únicamente aquellas que imponen a la persona una obligación jurídica, es decir, que pueden estar acompañadas de sanciones por su incumplimiento, o de medidas restrictivas o coercitivas. Por ejemplo, el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal no sólo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, no puede considerarse una violación de la inmunidad si ello no le impone alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable⁸⁹.

intimación también contradice la inmunidad de jurisdicción. Las dos citaciones para prestar testimonio en el asunto *Borrel* atentan contra su inmunidad aunque no se trate de actos coercitivos de la misma naturaleza que una orden de detención» (párr. 135).

⁸⁷ El hecho de que la inmunidad impide la adopción de medidas coercitivas contra un jefe de Estado fue abordado por las partes en el caso de la CIJ *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia). Véase, por ejemplo, la demanda del Congo de 11 de abril de 2003, pág. 15; declaración del representante de Francia, R. Abram, de 28 de abril de 2003: «[E]n cualquier caso, las inmunidades de que gozan los jefes de Estado extranjeros serían contrarias a que se aplicaran medidas coercitivas en su contra» (CR 2003/21, pág. 15, párr. 31).

⁸⁸ Tribunal Supremo Federal (Segunda Cámara Criminal), fallo de 14 de diciembre de 1984, I.L.R., vol. 80 (1989), pág. 366.

⁸⁹ Como indica David, *op. cit.*, pág. 123, «[c]omo el simple hecho de comenzar una instrucción no entorpece de ninguna manera el ejercicio de las funciones, esta instrucción es compatible con la inmunidad de jurisdicción». Como se señala en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el caso de la CIJ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «comenzar una investigación sobre la base de la cual ulteriormente podría librarse una orden de detención no viola en sí esos principios [los principios de inviolabilidad o inmunidad de las personas en cuestión]. La función del derecho internacional de las inmunidades no exige a los Estados que no estén informados» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 80, párr. 59). A este respecto, se plantea la cuestión de si la inmunidad impide las actuaciones que no imponen una obligación directa a una persona que goza de ésta pero que la limitan de alguna manera. Por ejemplo, ¿es legítimo incautar sus bienes personales, en particular, sus cuentas bancarias (por ejemplo, las utilizadas para transacciones ilícitas) o vehículos (por ejemplo, en el caso de que el presunto delito se hubiera cometido en ese vehículo)? Tales medidas serían legítimas.

Al parecer, la CIJ mantiene esta posición en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), en el que la Corte, tras examinar la cuestión de las medidas provisionales, las denegó al considerar que no concurrían circunstancias que exigieran que Francia prohibiera la investigación respecto de los funcionarios del Congo, incluido el Presidente del Congo. Se llegó a esa conclusión, en particular, sobre la base de que el Congo no había presentado pruebas de que se hubiera violado la inmunidad del jefe de Estado como consecuencia de la investigación (en circunstancias en que Francia no había adoptado ninguna medida de carácter vinculante o que impidiera que el Presidente cumpliera sus obligaciones). Pese a que dicha decisión no predetermina la decisión de la Corte sobre el fondo del caso, ésta es significativa aunque sea sólo porque no excluye la posibilidad de continuar los procedimientos de investigación (medida precautoria, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 102).

43. Según este enfoque de la inmunidad, un Estado que tiene razones fundadas para suponer que un funcionario extranjero ha cometido un acto punible con arreglo a su legislación, puede proceder, al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos, o pruebas materiales, entre otros), aplicando al funcionario extranjero medidas que no son de carácter vinculante ni compulsorio⁹⁰. Después de esta etapa, en particular, se puede juzgar, con mayor o menor certeza, si esa persona estuvo o no involucrada (y si lo estuvo, en qué medida) en la comisión del presunto delito, o si los actos de esa persona deben considerarse de carácter oficial, entre otros. Si hay suficientes motivos para suponer que el funcionario extranjero estuvo involucrado en el delito, entonces, dependiendo de las circunstancias, el Estado que ejerce la jurisdicción tendrá la opción de adoptar nuevas medidas que no sean violatorias de la inmunidad de dicho funcionario. Por ejemplo, puede informar al Estado extranjero interesado de las circunstancias del caso, sugerirle que renuncie a la inmunidad del funcionario; puede formular una solicitud de asistencia jurídica en relación con esa causa penal; o puede transmitir a ese Estado los materiales reunidos en la investigación preliminar o la causa penal incoada, después de proponerle que incoe una acción penal contra el funcionario en cuestión. Si se trata de un delito que recayera dentro de la jurisdicción de un tribunal penal internacional o de la Corte Penal Internacional, ese enfoque permitiría transmitir los materiales acopiados a la estructura a la que correspondiera ejercer la jurisdicción penal internacional. Por último, después de reunir las pruebas, y absteniéndose de tomar nuevas medidas que la inmunidad pudiera impedir, podría esperar hasta que cesara de aplicarse la inmunidad para incoar la acción penal contra la persona en cuestión (cuando se tratase de actos que hubieran sido cometidos con carácter privado por personas que gozaran de inmunidad personal, antes de asumir el cargo o mientras lo ocupaban).

44. Como señala con razón Buzzini «el criterio aplicado por la Corte parece ser convincente»⁹¹. Igualmente convincente le parece la opinión de la CIJ de que

el concepto de «acto coercitivo de autoridad» no sólo cubre aquellos actos que se dirigen contra funcionarios del Estado acusados de actos criminales, sino también a ciertos actos —como las citaciones para prestar testimonio u otros mandamientos— que pueden notificarse en relación con un procedimiento judicial a particulares que no se encuentran acusados (o no lo están por el momento) de actos criminales⁹².

Véase, sin embargo, la posición de Watts: «Un jefe de gobierno o un ministro extranjero que en ocasión de una visita oficial a otro Estado es objeto de procedimientos legales en ese Estado probablemente vea menoscabadas seriamente sus capacidades para desempeñar sus funciones. Aun el riesgo de que una visita a otro Estado pueda facilitar que se incoen procedimientos judiciales en su contra pueden disuadirlo de realizar la visita, con el perjuicio de esa conducta para los asuntos internacionales de su Estado» (*loc. cit.*, pág. 106).

⁹⁰ O'Donnell (*loc. cit.*, pág. 396) comenta así la decisión de la CIJ sobre de la medida precautoria en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*: «Al tiempo que reconoce estrictamente la inviolabilidad de un jefe de Estado ante el enjuiciamiento mientras esté en funciones, la CIJ aumenta las oportunidades de las víctimas de abuso de los derechos humanos de preparar con éxito un caso contra un funcionario mientras la prueba es reciente y los testigos todavía están en vida o son localizables. Así pues, una vez que el funcionario cesa en sus funciones oficiales y ya no se encuentra protegido por una impenetrable inmunidad, puede ser objeto de enjuiciamiento, dependiendo de los reclamos y las pruebas en el asunto».

⁹¹ *Loc. cit.*, pág. 476.

⁹² *Ibid.*

El criterio formulado por la Corte parece en efecto plenamente convincente en el caso de los funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae* que son sospechosos o que han sido citados a comparecer como testigos en una causa penal. No obstante, la cuestión relativa a los funcionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae* requiere una aclaración más detallada.

45. El funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* está protegido contra las medidas de procedimiento penal respecto de actos que haya cometido en el desempeño de sus funciones oficiales. Por lo tanto, cabe suponer que no se le pueden aplicar medidas de carácter restrictivo únicamente en relación con el presunto delito cometido por esa persona al realizar tales actos.

46. Un exfuncionario, naturalmente, ya no cumple funciones oficiales. Por lo tanto, a este respecto no es necesario afirmar que la inmunidad *ratione materiae* de que todavía goza lo protege de medidas de procedimiento penal que entorpezcan o impidan el cumplimiento de sus funciones en ese momento. Sólo puede decirse que la ausencia de ese tipo de protección después de que la persona ha cesado en el cargo impediría que el funcionario cumpliera sus funciones con independencia en el período de ejercicio del cargo. A este respecto, reviste especial importancia la aclaración de la CIJ de que se trata de la protección contra medidas de procedimiento penal que imponen obligaciones a la persona a la cual se aplican dichas medidas. Es importante para los Estados que, a efectos de salvaguardar su soberanía e igualdad de derechos, sus funcionarios no estén expuestos a medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero que les impongan obligaciones en relación con sus actividades oficiales, no sólo durante el período en que realicen esas actividades sino también después de éste. De esta manera, un exfuncionario, al igual que un funcionario en ejercicio, que goza de inmunidad *ratione materiae*, está amparado por la inmunidad de las obligaciones que imponen las medidas de procedimiento penal en relación con un presunto delito cometido por esa persona en el desempeño de sus funciones oficiales. Naturalmente, el Relator Especial se refiere a la inmunidad respecto de la *comparecencia* como testigo. Una invitación para prestar declaración, que a diferencia de una citación de comparecencia como testigo, no impone al funcionario ninguna obligación jurídica y, por tanto, puede ser rechazada sin que el funcionario sufra ninguna consecuencia jurídica perjudicial, no viola la inmunidad del funcionario y constituye una medida procesal legítima⁹³.

47. La situación respecto de la inmunidad de un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* de ser citado a comparecer como testigo merece comentarios adicionales. Obviamente, en principio, se puede citar a un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* para que comparezca como testigo si es necesario su testimonio sobre los actos cometidos por otras personas o por el propio funcionario con carácter privado (desde luego, si esa citación no limita a esa persona en el desempeño de sus actividades oficiales). Pero ¿cuál es la situación cuando se trata de prestar testimonio sobre actos cometidos por el

propio funcionario en activo o exfuncionario, o por otra persona?

48. Una de las cuestiones que se plantearon en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) fue la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de Djibouti que gozaban de inmunidad *ratione materiae* a ser citados para comparecer como testigos⁹⁴. Djibouti señaló que, a fin de asegurarse de que los dos funcionarios de Djibouti habían actuado a título oficial y de que, en consecuencia, gozaban de inmunidad de ser citados para comparecer como testigos en relación con tales actos, era preciso comprobar concretamente en qué capacidad, oficial o privada, se habían realizado esos actos⁹⁵. En respuesta a este planteamiento, la CIJ observó que

no se había «verificado concretamente» ante ella [la Corte] que los actos al origen de las citaciones para testificar dirigidas a los interesados en calidad de testigos asistidos por Francia eran efectivamente hechos consumados en el marco de sus funciones en tanto órganos del Estado⁹⁶.

Éste fue uno de los motivos por los cuales la Corte no reconoció la inmunidad del Fiscal General de Djibouti y del jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti de ser citados para comparecer como testigos ante un tribunal francés. En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la Corte en este caso, puede hablarse de la inmunidad *ratione materiae* de que goza un funcionario de ser citado para comparecer como testigo cuando se cita a esa persona para que preste declaración sobre actos cometidos por ésta dentro de los límites de sus obligaciones como órgano del Estado.

49. Este criterio es comprensible y suficiente en las circunstancias del caso examinado por la CIJ. Sin embargo, ¿sería suficiente si se tratara de una citación emitida a un funcionario que gozara de inmunidad *ratione materiae* para comparecer como testigo ante un tribunal extranjero, y no en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones dentro del ámbito de sus obligaciones sino con actos *ultra vires* o actos realizados por otras personas?

50. Al parecer, la misma lógica que se aplica a la citación de tal funcionario para comparecer como testigo en relación con actos *ultra vires* cometidos por él mismo puede aplicarse también a su inmunidad respecto de tales actos. En consecuencia, se puede suponer que la inmunidad debe brindar protección contra tal citación para comparecer como testigo.

51. Además, parece que cuando se trata de prestar testimonio en relación con actos de otras personas, hechos o acontecimientos, de los cuales el funcionario haya tomado conocimiento en el desempeño de sus funciones oficiales, la inmunidad *ratione materiae* protegerá al funcionario de toda obligación que un Estado extranjero le imponga a este respecto⁹⁷.

⁹⁴ En este contexto, no se aborda la cuestión de las características particulares de la legislación francesa en relación con esa cuestión, que fue analizada detalladamente en dicho caso tanto por las partes como por la CIJ.

⁹⁵ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 243, párr. 190.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 191.

⁹⁷ Buzzini señala: «Probablemente, un criterio más apropiado [que el criterio empleado por la CIJ en el caso *Certaines questions*

⁹³ Véase el párrafo 41 y la nota 86 *supra*.

E. Alcance territorial de la inmunidad⁹⁸

52. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ señaló que un ministro de relaciones exteriores goza de inmunidad de jurisdicción penal extranjera cuando se encuentra en el extranjero⁹⁹. En el mismo fallo se señala que

concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. Francia) hubiera sido si el testimonio requerido implicaba la provisión de información o pruebas sobre el conocimiento de hechos que podían haber sido adquiridos por el funcionario estatal en relación con el ejercicio de sus funciones como órgano del Estado» (*loc. cit.*, pág. 468). En un fallo sobre una causa civil, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania, en 1988, denegó la solicitud de citar al Ministro de Defensa de la India como testigo en relación con las acciones de las tropas indias contra los tamiles en Sri Lanka, al haber concluido que la inmunidad de que gozaba el Estado se extendía a sus funcionarios e impedía que se les citara como testigos en relación con los actos soberanos del Estado con el que estaban relacionadas las acciones de sus fuerzas armadas (véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 238, y la primera nota a ese párrafo). Similar fue la posición adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, que decidió que no se podía emitir un orden de comparecencia para obligar al Ministro de Defensa de Croacia para que presentara documentos oficiales (*subpoena duces tecum*), caso IT-95-14, decisión de 29 de octubre 1997 de la Sala de Apelaciones sobre la solicitud de Croacia de revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia de 18 de julio de 1997 (disponible en www.icty.org/case/blaskic/4). Como se señala en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 237 y última nota a ese párrafo: «Si bien la causa se refiere a la inmunidad ante un tribunal internacional, y no ante un tribunal penal nacional, la Sala de Apelaciones señaló que los actos de ejercicio de autoridad del Tribunal están sujetos a normas análogas a las que se aplican a un tribunal nacional». En la causa *Le Procureur c/ Radislav Krstić*, la Sala de Apelaciones del mismo Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia emitió una decisión tras señalar que la inmunidad funcional del funcionario, en la que se basó la Sala de Apelaciones en la causa *Blaškić* no abarca la inmunidad «contra la obligación de testificar sobre lo que vieron y oyeron en el ejercicio de sus funciones. [...] Ese tipo de inmunidad no existe». caso IT-98-33-A, decisión sobre la aplicación de citaciones con apercibimiento, 1.º de julio de 2003, párr. 27. En la decisión de la Sala se aclara que «[a] diferencia de la producción de documentos oficiales, el Estado no puede producir por sí mismo los elementos de prueba que sólo ese testigo puede proveer» (*ibid.*, párr. 24). La lógica de esta afirmación no parece del todo comprensible. Más convincente parece la opinión disidente del magistrado Shahabuddeen, quien señaló que la inmunidad de citación de un funcionario no se aplicaba a las situaciones en que se requería la presentación de documentos oficiales sino a toda la información recibida por la persona en el cumplimiento de sus funciones oficiales. «[N]o es correcto acotar la definición de información al material recogido en algún sitio central bajo la autoridad del Estado, como son sus archivos. Un Estado actúa mediante sus funcionarios; tiene la información que éstos recogieron en la totalidad del área de su actividad, nacional e internacional, incluida información sobre cuestiones que vieron y oyeron» (párr. 15). Invocando la causa *Blaškić*, señala que «la prueba que subyace es la de si el material fue adquirido por el testigo propuesto en su capacidad de funcionario del Estado» (párr. 16). Como señala Buzzini (*loc. cit.*, pág. 468, nota 78), «resulta difícil entender por qué una citación de un testigo bajo apercibimiento para proveer pruebas sobre el conocimiento de hechos adquirido por el funcionario en cumplimiento de sus funciones deba ser enfocado de manera diferente, a los fines de la inmunidad *ratione materiae*, de la citación bajo apercibimiento para producir documentos oficiales». No obstante, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en la causa *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et autres*, invocando el fallo mencionado en el marco de la causa *Krstić*, constató sin comentarios adicionales en su decisión sobre la cuestión de la orden de comparecencia que «[I]llos funcionarios gubernamentales no gozan de inmunidad ante una citación bajo apercibimiento, aun cuando el tema de sus testimonios fuera obtenido en el ejercicio de sus funciones», caso ICTR-98-41-T, Sala de Primera Instancia, decisión sobre el pedido de una citación bajo apercibimiento para el mayor Jacques Biot, 14 de julio de 2006.

⁹⁸ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 153.

⁹⁹ «[L]as funciones de un ministro de relaciones exteriores son de tal naturaleza que, durante todo su mandato, beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad completa en el extranjero», *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54.

está claramente establecido en derecho internacional que [...] determinadas personas que ocupan altos cargos en el Estado, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, gozan en* los otros Estados de inmunidad de jurisdicción, civil y penal¹⁰⁰.

Las partes en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)¹⁰¹, así como las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia)¹⁰² también señalaron que los funcionarios de Estado gozan de inmunidad cuando están de viaje en el extranjero. Esta posición es comprensible en las circunstancias de estos dos casos. Ahora bien, en principio, ¿cuán exacta es la afirmación de que la inmunidad se hace efectiva únicamente en la situación en que el funcionario se encuentra en el extranjero?

53. Desde luego, en los casos en que los funcionarios representan al Estado en las relaciones internacionales, es importante que un Estado extranjero no pueda interferir en el cumplimiento de esas funciones. Por lo tanto, la inmunidad es especialmente importante cuando tales funcionarios se encuentran en el extranjero. Además, es precisamente cuando se encuentra fuera del propio Estado cuando un funcionario está más vulnerable y desamparado frente a la aplicación de medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero. No obstante, la inmunidad de jurisdicción extranjera, al parecer, también se aplica durante la estancia del funcionario en el territorio del Estado al que presta o ha prestado servicios. Como se desprende de lo expuesto más arriba, la inmunidad constituye una protección procesal basada en la soberanía de un Estado respecto de las medidas de procedimiento penal extranjeras que imponen cierta obligación a un funcionario de ese Estado. Desde el punto de vista jurídico no queda completamente claro en este sentido por qué esta protección se hace efectiva cuando la persona se encuentra en el extranjero. La inmunidad como norma jurídica comprende las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción de no aplicar (y, posiblemente, también de impedir la aplicación) medidas de procedimiento penal que puedan entorpecer o impedir la realización de las actividades oficiales de un funcionario mediante la imposición de obligaciones. No queda muy claro por qué tal obligación se hace efectiva, o puede considerarse que se ha infringido, sólo cuando el funcionario se encuentra fuera del territorio del propio Estado. Además, gozan también de inmunidad los funcionarios que no representan al Estado en las relaciones internacionales o que cumplen funciones que no son equivalentes a tal representación. Por ejemplo, ¿un fiscal, un juez u otro funcionario que cumple únicamente funciones «internas», y que se encuentra en el territorio de su propio Estado, no goza acaso de la misma inmunidad *ratione materiae* de que gozaba en el extranjero respecto de una orden de detención emitida por un Estado extranjero o de una citación como testigo en una causa penal que le imponga una obligación? Al parecer, las medidas

¹⁰⁰ *Ibid.*, págs. 20 y 21, párr. 51. Esta argumentación se presentó también en el fallo de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 236, párr. 170. La Corte no se refiere a la «jurisdicción de otros Estados», sino a la jurisdicción «en» otros Estados.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, la memoria de la República Democrática del Congo.

¹⁰² Véase, por ejemplo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 235, párr. 164, y la contramemoria de Francia, párrs. 4.21 y 4.34.

de procedimiento penal que imponen una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de que éste goza y, por consiguiente, la soberanía de su Estado, independientemente de si esa persona se encuentra en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La violación de la obligación de no aplicar tales medidas contra un funcionario extranjero surte efecto ya desde el momento en que se adopta tal medida, y no sólo cuando la persona a la que se aplica la medida se encuentra en el extranjero. En consecuencia, también es legítimo plantear la cuestión de la derogación de tal medida, y no de su suspensión, por el período en el que el funcionario se encuentre en el extranjero (esto último sería más lógico si tal medida violara la inmunidad del funcionario únicamente durante la estancia del funcionario en el extranjero)¹⁰³.

F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?¹⁰⁴

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

54. En primer lugar, el Relator Especial se refiere aquí a las excepciones a la inmunidad que están basadas en el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que es posible establecer exenciones o excepciones a la inmunidad mediante la concertación de tratados internacionales. Como se señaló más arriba, la inmunidad es una norma existente en el derecho internacional consuetudinario general. La hipótesis de que en el derecho internacional consuetudinario existen excepciones a la inmunidad, es decir, de que existen tales excepciones o al menos una tendencia al establecimiento en el derecho internacional consuetudinario de la norma jurídica correspondiente (o de más de una), deberá, por tanto, demostrarse en la práctica y la *opinio juris* de los Estados. En segundo lugar, el Relator Especial parte del presupuesto de que la existencia de excepciones a la norma de inmunidad no se puede equiparar con la ausencia normal de inmunidad. Por ejemplo, para todos los funcionarios que no disfrutaban de inmunidad *ratione personae* (es decir, la gran mayoría de los funcionarios en ejercicio y todos los exfuncionarios) la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de delitos cometidos por ellos al margen del desempeño de sus funciones oficiales se considera algo normal y no una excepción a la regla. Por consiguiente, si se sabe (o se ha demostrado) que en el momento de cometer un delito un exfuncionario actuaba a título personal, la ausencia de inmunidad se da por sentada y no requiere pruebas. En el marco del tema del presente informe se consideran excepciones a la inmunidad los casos en que, como regla general, un funcionario goza de inmunidad pero deja de

tenerla debido a determinadas circunstancias. Por ejemplo, por regla general, los funcionarios gozan de inmunidad respecto de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones oficiales. No obstante, existe la opinión de que en los casos en que esos delitos son de suma gravedad y están tipificados en el derecho internacional, no existe inmunidad de jurisdicción extranjera. En el presente informe se considera que esos casos constituyen una excepción a la inmunidad.

55. La cuestión de las excepciones a la norma de inmunidad se plantea principalmente en relación con los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae*. En todo caso, en lo que respecta a altos funcionarios en ejercicio —jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores—, la opinión prevaleciente es que la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera de que éstos gozan no está sujeta a excepciones. La llamada inmunidad absoluta *ratione personae*, exenta de excepciones, fue refrendada por la CIJ en los fallos *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*¹⁰⁵, en los fallos de tribunales nacionales¹⁰⁶ y en las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional¹⁰⁷. Ésa es también la opinión prevaleciente en la doctrina¹⁰⁸. Como señala Frulli, «la práctica

¹⁰⁵ Respectivamente, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 20 y ss., párrs. 51, 54, 56 y 58; y *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 236 y ss., párrs. 170 y 174.

¹⁰⁶ Francia, Corte de Casación, Sala en lo Criminal, *Qaddafi, Bulletin criminel 2001*, n.º 64, pág. 218 (véase también ILR, vol. 125); Bélgica, Corte de Casación, *H.S.A. et al v. S.A. et al* (procesamiento de Ariel Sharon y otros), fallo de 12 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, n.º 3 (mayo de 2003), pág. 596; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, *Wei Ye and others v. Jiang Zemin and others*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944, fallo de 8 de septiembre de 2004; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Adela Chiminya Tachiona v. United States of America* (caso Mugabe), 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879, fallo de 6 de octubre de 2004; Austria, Corte Suprema, *W. c. Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein*, fallo de 14 de febrero de 2001; Reino Unido, Tribunal de Apelaciones, *Jones v. The Ministry of the Interior (Saudi Arabia) and others*, fallo de 28 de octubre de 2004, EWCA Civ 1394, y Cámara de los Lores, fallo de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26; Reino Unido, tribunales de distrito, casos *Mugabe*, fallo de 14 de enero de 2004, y *Mofaz*, fallo de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 parte 3 (julio de 2004), págs. 769 y 771, respectivamente. Los procedimientos iniciados en España y Bélgica para llevar ante los tribunales a Fidel Castro fueron suspendidos luego de afirmarse su inmunidad (www.trial-ch.org).

¹⁰⁷ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 2: «En materia penal, el jefe de Estado goza de inmunidad de jurisdicción ante el tribunal de un Estado extranjero por toda infracción que haya podido cometer, cualesquiera sea su gravedad» (este caso se refiere a un jefe de Estado en funciones) y «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», art. III, párr. 1: «Con excepción de la inmunidad personal de que un individuo pudiera gozar en virtud del derecho internacional, ninguna inmunidad es aplicable a los casos de delitos internacionales» (este caso se refiere a la inmunidad de las personas que actúan en nombre del Estado).

¹⁰⁸ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 137, y segunda nota a ese párrafo. Según Hamida, Sein y Kadouf, «aun en el caso en que un funcionario de un Estado cometa un delito internacional en ocasión del ejercicio de sus funciones, puede gozar de la inmunidad *ratione personae* (inmunidad personal o funcional) [...] y goza de inviolabilidad e inmunidad ante un enjuiciamiento mientras continúe estando en funciones» («Immunity versus International Crimes: the Impact of Pinochet and Arrest Warrant Cases», pág. 511). Parlett, considera que «[n]o se discute que la inmunidad se aplica a la tortura en los procedimientos contra personas que gozan de inmunidad *ratione personae*» («Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», pág. 60).

¹⁰³ En el curso del examen de ese tema en el 60.º período de la Comisión, en 2008, el Sr. Gaja hizo mención a la cuestión de la inmunidad de un funcionario de la jurisdicción de terceros Estados y expresó la esperanza de que la cuestión se examinara en el siguiente informe (*Anuario... 2008*, vol. I, 2983.ª sesión, párr. 35). El Relator Especial aún no está muy convencido de la necesidad de examinar esta cuestión por separado ya que, al menos por el momento, no encuentra motivos para suponer que la inmunidad (el alcance de la inmunidad) dependa de si el funcionario extranjero se encuentra en el propio territorio o en un tercer Estado. La cuestión de si la inmunidad depende de que la persona se encuentre (o de que ésta que haya cometido los presuntos delitos) en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción penal requiere un examen más exhaustivo. Esa cuestión se examinará más adelante.

¹⁰⁴ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 141 a 153 y 180 a 212.

de los Estados muestra constantemente que las normas de las inmunidades personales no pueden ser derogadas al nivel nacional»¹⁰⁹. Sin embargo, hay quienes sostienen que deberían existir excepciones a la norma de inmunidad *ratione personae*¹¹⁰. Varios autores coinciden con esta opinión¹¹¹. Tal fue, por ejemplo, la posición que asumió Bélgica ante la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹¹². Esta posición fue respaldada en las opiniones de los magistrados en disidencia con el fallo de la Corte, aprobado por la gran mayoría de magistrados¹¹³, y hasta cierto punto quedó reflejada en la opinión disidente presentada conjuntamente por tres magistrados que examinaron el caso¹¹⁴.

2. CRITERIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE EXCEPCIONES

56. La necesidad de que existan excepciones a la inmunidad se explica sobre todo por la necesidad de proteger los derechos humanos contra sus violaciones más flagrantes y masivas y combatir la impunidad. El Relator Especial se refiere en particular a la protección de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y, por consiguiente, al hecho de que la protección de esos intereses, así como la represión de los delitos internacionales más graves, perpetrados muy a menudo por funcionarios de Estado, plantean la necesidad de enjuiciar a los autores

¹⁰⁹ Frulli, «Immunities of Persons from Jurisdiction», pág. 369.

¹¹⁰ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 151; en el comentario al Principio 5 de los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal («el cargo oficial de cualquier imputado, sea un jefe de Estado o de gobierno o un funcionario gubernamental oficial, no lo liberará de su responsabilidad penal ni mitigará su castigo») se indica que «[u]na inmunidad sustantiva contra el enjuiciamiento exonerará a los jefes de Estado, diplomáticos y otros funcionarios de responsabilidad penal por la comisión de delitos graves de derecho internacional si fueron cometidos en su capacidad oficial. El Principio 5 rechaza la inmunidad sustantiva» (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, pág. 48). No obstante, cabe señalar también que este principio no afecta la inmunidad «procesal», que subsiste durante la permanencia en el cargo del jefe de Estado u otro funcionario: «Según el derecho internacional, tal como existe, los jefes de Estado, diplomáticos acreditados u otros funcionarios en ejercicio no pueden ser enjuiciados mientras continúen en sus cargos por los actos cometidos en ocasión de sus capacidades oficiales» (ibíd., pág. 49).

¹¹¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 151.

¹¹² En su contramemoria de 28 de septiembre de 2001, Bélgica señaló, en particular, que «las fuentes internacionales no dejan de señalar que un jefe de Estado o miembro de su gobierno no se beneficia de la inmunidad cuando se le imputa la comisión de crímenes contra el derecho internacional humanitario» (párr. 3.5.13). Véase además *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 23, párr. 56.

¹¹³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 149. En su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, el magistrado Al-Khasawneh observó que «la lucha efectiva contra delitos graves reviste en la actualidad el carácter de *jus cogens*, lo que refleja el reconocimiento de la comunidad internacional de los intereses y valores comunitarios vitales que trata de proteger y reforzar. En consecuencia, esta norma jerárquicamente más elevada debe prevalecer cuando entra en conflicto con las normas que rigen la inmunidad» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 98, párr. 7). También adoptó una postura firme la magistrada van den Wyngaert, en cuya opinión «[l]a inmunidad no debería jamás aplicarse a los delitos de derecho internacional, ni ante las jurisdicciones internacionales ni ante las nacionales» (ibíd., pág. 161, párr. 36).

¹¹⁴ En la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans and Buergenthal se expresan dudas en relación con los casos en que está ausente la inmunidad, que se relacionan en el párrafo 61 del fallo de la CIJ. En particular, los autores de la opinión observan con pesar que «[l]a única alternativa creíble [...] parece ser la posibilidad de incoar un procedimiento ante un tribunal extranjero una vez que la persona sospechada cese de ejercer las funciones de ministro de relaciones exteriores» (ibíd., pág. 86, párr. 78).

de esos delitos en cualquier Estado que ejerza jurisdicción¹¹⁵. Esto, a su vez, exige la existencia de excepciones a la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Existen diferentes criterios para establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que gocen de inmunidad *ratione materiae*. Los principales criterios son los siguientes. En primer lugar, como ya se señaló, existe la opinión de que, con arreglo al derecho internacional, los delitos más graves cometidos por un funcionario no pueden considerarse como actos oficiales¹¹⁶. En segundo lugar, habida cuenta de que los delitos internacionales cometidos por funcionarios en el desempeño de sus funciones oficiales se atribuyen no sólo al Estado sino también a los funcionarios que los han cometido, se considera que dichos funcionarios no están protegidos en las actuaciones penales por la inmunidad *ratione materiae*¹¹⁷. En tercer lugar, cabe señalar que las normas imperativas de derecho internacional que prohíben y tipifican como delitos determinados actos prevalecen sobre la norma relativa a la inmunidad e invalidan la inmunidad respecto de delitos de esa índole¹¹⁸. En cuarto lugar, se dice que ha surgido en el derecho internacional una norma de derecho internacional consuetudinario que prevé una excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios que cometan delitos graves de derecho internacional¹¹⁹. En quinto lugar, se establece un vínculo entre la existencia de la jurisdicción universal respecto de los delitos más graves y la invalidez de la inmunidad respecto de esos delitos¹²⁰. En sexto lugar, se establece un vínculo análogo entre la obligación *aut dedere aut judicare* y la invalidez de la inmunidad en relación con delitos respecto de los

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, O'Donnell (*loc. cit.*, pág. 416): «Después de cesar en sus funciones [...] un Estado debe poder responsabilizar a un jefe de Estado por delitos internacionales. No debe dejarse sin recursos a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En lo ideal, el conocimiento de que no se gozará de la protección de la inmunidad cuando se cese en el cargo será un disuasivo suficiente para los jefes de Estado en ejercicio para prevenir que cometan delitos internacionales».

¹¹⁶ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 191 y 192. Véase también la nota 71 *supra*.

¹¹⁷ Por ejemplo, tres ONG—Redress Fund, Amnistía Internacional y Justice—adoptan una posición similar en las peticiones planteadas en 2010 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los casos *Jones v. United Kingdom* (demanda 34356/06) y *Mitchell and Others v. United Kingdom* (demanda 4028/06) (disponible en www.internights.org/jones), párrs. 10 a 17.

¹¹⁸ Este enfoque tiene como fundamento la teoría de la «jerarquía normativa» y se basa en la idea de que las normas que prohíben la tortura y otros actos son normas de *jus cogens*, mientras que la inmunidad del Estado y sus funcionarios no constituye una norma imperativa de derecho internacional. Véase, por ejemplo, Bassiouni, «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», pág. 17: «Los crímenes de lesa humanidad, el genocidio o los crímenes de guerra [...] y la tortura son delitos internacionales que han alcanzado el nivel de *jus cogens*. En consecuencia, se generan las siguientes obligaciones: extraditar o juzgar [...], eliminar las inmunidades de funcionarios superiores, incluidos los jefes de Estado».

¹¹⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204.

¹²⁰ Véase el Principio 5 de los Principios de Princeton (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *op. cit.*, pág. 48). «En efecto, parecería que la noción de inmunidad de responsabilidad penal frente a delitos de derecho internacional cometidos en una capacidad oficial, por funcionarios en ejercicio o no, es fundamentalmente incompatible con la idea de que las violaciones graves de los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal» (Asociación de Derecho Internacional, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», pág. 14).

cuales existe dicha obligación¹²¹. En cierta medida, estos criterios no se diferencian mucho entre sí.

57. Está bastante generalizado el criterio según el cual los delitos más graves de derecho internacional¹²² no pueden considerarse como actos realizados en el desempeño de funciones oficiales y, por tanto, la inmunidad *ratione personae* no protege contra la jurisdicción penal extranjera respecto de tales delitos¹²³. Por consiguiente, de aplicarse este criterio, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera protege solamente a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*, es decir, la «tríada», y posiblemente a otros altos funcionarios en activo. Según ese criterio, las demás categorías de funcionarios en ejercicio, así como los exfuncionarios, incluida la «tríada», pueden estar sujetos a jurisdicción penal extranjera en caso de cometer alguno de los delitos antes mencionados. En principio, el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se presta a una interpretación similar. Al enumerar las circunstancias en que la inmunidad no constituye un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, la Corte señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

A condición de ser competente según el derecho internacional, un tribunal de un Estado puede tratar a un exministro de relaciones exteriores de otro Estado *con respecto a actos cometidos antes o después del período en que estuvo en funciones, así como respecto de los actos cometidos en su capacidad privada en ese mismo período*¹²⁴.

Sobre esa base, tres magistrados, que estuvieron en general de acuerdo con el fallo de la Corte, subrayaron en su opinión separada conjunta que los ministros de relaciones exteriores que habían cesado en sus cargos gozaban de inmunidad sólo respecto de actos «oficiales», y añadieron:

La doctrina afirma cada vez más [...] que los delitos internacionales graves no pueden ser considerados como actos oficiales, puesto que no corresponden ni a las funciones estatales normales ni a funciones que un Estado por sí solo (por oposición al individuo) puede ejercer. [...] Esta opinión se manifiesta por la creciente toma de conciencia del hecho de que los móviles ligados al Estado no constituyen el criterio apropiado para determinar lo que constituyen actos públicos del Estado¹²⁵.

¹²¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), nota al punto e del párrafo 10 y párrafo 205.

¹²² No se puede hablar de la existencia de una lista de delitos que los partidarios de esta posición califiquen en general como delitos en cuya comisión se ha actuado al margen del desempeño de funciones oficiales. Habitualmente, se tienen en cuenta los delitos que son de la competencia de la Corte Penal Internacional, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Como señaló Verhoeven en Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international» en relación con la cuestión de la inmunidad, «[l]a dificultad consiste en acordar sobre los delitos que autorizan una derogación de la inmunidad. La Comisión prefirió mantener una posición vaga al respecto. Estos delitos son ciertamente los contemplados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (agresión, crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad)» (págs. 594 y 595). «[L]a Comisión ha preferido no retomar una definición de esos delitos, de manera de dejar una puerta abierta a las evoluciones que permitirían considerar como crímenes graves de derecho internacional a delitos que por el momento no son de la competencia de los tribunales penales internacionales o de la Corte Penal Internacional» (pág. 615).

¹²³ Véase la nota 116 *supra*.

¹²⁴ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 25, párr. 61.

¹²⁵ *Ibid.*, opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, pág. 88, párr. 85. Los magistrados remiten al artículo de Andrea Bianchi, «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), págs. 227 y 228, así como al fallo de la Corte Suprema de Israel en relación con el caso *Eichmann*, fallo de 29 de mayo

58. Antes de dictarse el fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, esta opinión había sido expresada en el Reino Unido por Lord Steyn y Lord Nicholls de Birkenhead en la causa *Pinochet n.º 1* y por Lord Nicholls y Lord Phillips de Worth Matravers en la causa *Pinochet n.º 3*¹²⁶. En los Países Bajos, el fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* de 2000 se señaló, en particular, que la comisión de delitos muy graves de esta naturaleza no pueden ser considerados como parte de las tareas oficiales de un jefe de Estado¹²⁷.

de 1962, ILR, vol. 36 pág. 312, y en los Países Bajos, al fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 de noviembre de 2000, párr. 4.2). También hacen referencia a las opiniones de los magistrados de los tribunales del Reino Unido que se pronunciaron en las causas *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.º 1) (*Pinochet n.º 1*), y *Pinochet n.º 3* (Lord Steyn y Lord Nicholls de Birkenhead, y Lord Hutton y Lord Phillips de Worth Matravers, respectivamente) [2000] 1 AC 61. Véase también ILM, vol. XXXVIII, n.º 3 (mayo de 1999), pág. 581.

¹²⁶ Lord Steyn: «En consecuencia resulta claro que la inmunidad establecida por la ley en favor de un ex jefe de Estado no es absoluta. Requiere dos requisitos: 1) que el demandado sea un ex jefe de Estado (*ratione personae* en la terminología del derecho internacional) y 2) que sea acusado de actos oficiales en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado (*ratione materiae*). Con respecto al segundo requisito, no es suficiente que se trate de actos oficiales: los actos deben haber sido desempeñados por el acusado en el ejercicio de sus funciones de jefe de Estado. [...] [E]l desarrollo del derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial justifica llegar a la conclusión de que en la época del golpe de Estado de 1973, y ciertamente desde entonces, el derecho internacional condena el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes de lesa humanidad (en tiempo de guerra o de paz) como delitos internacionales que merecen un castigo. Visto el estado del derecho internacional, me parece difícil mantener que la comisión de tales importantes crímenes puedan constituir actos ejecutados en el ejercicio de las funciones de un jefe de Estado» (*Pinochet n.º 1*). Lord Nicholls of Birkenhead: «A mi juicio, el artículo 39, párr. 2, de la Convención de Viena [sobre Relaciones Diplomáticas], tal como fue modificado y es aplicado a los ex jefes de Estado por la sección 20 de la Ley de 1978, confiere inmunidad con respecto a los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que el derecho internacional reconoce como funciones propias de un jefe de Estado, sin importar los términos de su constitución nacional. [...] El derecho internacional no requiere el otorgamiento de ninguna inmunidad más amplia. Y no hace falta decir que la tortura de sus propios súbditos, o de extranjeros, no podría ser considerada como una función de un jefe de Estado por el derecho internacional. [...] [E]l derecho internacional ha dejado claro que cierto tipo de actos, incluida la tortura o la toma de rehenes no son aceptables bajo ningún punto de vista. Esto se aplica a todos y también, o más aún, a los jefes de Estado; una conclusión contraria sería una burla al derecho internacional» (*ibíd.*). Lord Hutton: «Por consiguiente, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Convención contra la Tortura [y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no considero que el senador Pinochet o Chile pueda argüir que la comisión de actos de tortura después del 29 de septiembre de 1988 fueran funciones del jefe de Estado. Los alegados actos de tortura del senador Pinochet fueron cometidos bajo la influencia de su posición de jefe de Estado, pero no pueden considerarse como funciones de un jefe de Estado bajo el derecho internacional, en la medida en que el derecho internacional prohíbe expresamente la tortura como medio que un Estado puede emplear bajo ninguna circunstancia y lo considera un delito internacional». «Mi conclusión de que el senador Pinochet no tiene derecho a gozar de inmunidad se fundamenta en la perspectiva de que la comisión de actos de tortura no es una función de un jefe de Estado, y por consiguiente en este caso, la inmunidad de que goza el senador Pinochet en tanto exjefe de Estado no se aplica ni se relaciona con los actos de tortura» (*Pinochet n.º 3*). Lord Phillips de Worth Matravers: «En la medida en que la parte III de la Ley de 1978 concede inmunidad a un exjefe de Estado con respecto al ejercicio de sus funciones oficiales, no considero que esas funciones puedan, como interpretación de la aplicación de la ley, extenderse a aquellas prohibidas en tanto delitos por el derecho internacional» (*ibíd.*).

¹²⁷ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 191 y su última nota. El exdirigente surinamés fue acusado de la tortura y

59. Al mismo tiempo, como quedó corroborado en el memorando de la Secretaría, este criterio ha sido objeto de críticas tanto en la jurisprudencia nacional como en la doctrina¹²⁸. En particular, Lord Goff de Chieveley afirmó en la causa *Pinochet n.º 3* que los actos de un jefe de Estado, siempre que se lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales, no dejan de ser actos «de Estado» aunque sean actos ilícitos, y subrayó que ello valía para cualquier tipo de delitos¹²⁹. El fallo dictado en la causa *Bouterse*, al que ya se hizo referencia, fue recibido con escepticismo por algunos expertos¹³⁰. En su opinión disidente separada en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert, al objetar que la CIJ hubiese indicado, en su lista de restricciones a la inmunidad, la ausencia de inmunidad de un exministro de relaciones exteriores respecto de actos realizados a título personal durante el ejercicio de su cargo, observó que la Corte

habría podido —e incluso habría debido— agregar que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad caen dentro de esta categoría. Determinados crímenes de derecho internacional (por ejemplo, ciertos actos de genocidio y agresión) no pueden ser cometidos, por razones prácticas, más que con los medios con que sólo un Estado puede disponer y en el marco de una política del Estado; en otras palabras, desde esta perspectiva, esos actos no pueden ser otra cosa que «oficiales»¹³¹.

La idea de que la inmunidad funcional de los funcionarios extranjeros protege los actos de los Estados a cuyo servicio están «se recoge cada vez más en los fundamentos judiciales y doctrinarios» y es reconocida incluso por autores que no son partidarios de esa idea¹³².

60. Al respecto también se afirma que si los delitos de derecho internacional que cometa un funcionario no se consideran actos que se puedan atribuir al Estado al que el funcionario presta o, en el caso de los exfuncionarios, prestaba servicios, no se podría entonces hablar de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado respecto de ese delito¹³³. Este argumento no carece de lógica y

asesinato de 15 personas en diciembre de 1982. Este caso se comenta en Zegveld, «The *Bouterse* case».

¹²⁸ Véase la lista de fallos de tribunales nacionales que figura en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 192 y sus notas. Véase también van Alebeek, *op. cit.*, pág. 286 y ss.

¹²⁹ Lord Goff de Chieveley: «Las funciones de, por ejemplo, un jefe de Estado son funciones gubernamentales, su contraposición son los actos privados; y el hecho de que un jefe de Estado lleve a cabo un acto, distinto de un acto privado, que es criminal no lo priva de su carácter gubernamental. Esto se aplica tanto a un delito grave, como homicidio o tortura, como a un delito menor» (*Pinochet n.º 3*). En la causa *Pinochet n.º 1* Lord Slynn señaló asimismo que «claramente el derecho internacional no reconoce como una de las funciones específicas de un jefe de Estado la comisión de tortura o genocidio. Sin embargo, el hecho de que al ejecutar otras funciones un jefe de Estado cometa un acto ilícito no significa que se debe considerar que es una de sus funciones. Si fuera así, la inmunidad respecto de los actos criminales se vería privada de mucho de su contenido. A este propósito, no considero correcto distinguir entre actos cuya criminalidad y sesgo moral sea más o menos grande».

¹³⁰ Según Zegveld, *loc. cit.*, pág. 115, «ninguna orden de un jefe de Estado en su capacidad de comandante militar a sus subordinados podría calificarse de 'no oficial'. Por consiguiente, debe rechazarse la decisión del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam, que considera que los asesinatos de diciembre son actos 'no oficiales' y que por tanto caen fuera del pedido de inmunidad».

¹³¹ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 161, párr. 36.

¹³² Véase, por ejemplo, van Alebeek, *op. cit.*, págs. 303 y 304, si bien esta autora es partidaria del punto de vista opuesto.

¹³³ Véase, por ejemplo, Koller, *loc. cit.*, pág. 29: «En primer lugar, estos actos son a menudo oficiales en el sentido de que actores estatales

podría ser pertinente, si bien se basa menos en el derecho que en consideraciones prácticas.

61. Si se analizara esta situación desde un punto de vista estrictamente jurídico habría que plantearse lo siguiente. No está totalmente claro por qué la gravedad de un acto delictivo debe resultar en un cambio de su atribución tanto desde el punto de vista de la responsabilidad en la que se incurra por su comisión como de la inmunidad que pueda existir respecto del mismo. Si los actos ilícitos realizados por un funcionario en el marco de sus funciones oficiales se atribuyen por regla general al Estado y no dejan de considerarse actos de Estado, es decir, oficiales, ¿por qué entonces los más graves de esos delitos dejan de atribuirse al Estado y pierden su carácter oficial? Consecuentemente, ¿por qué la gravedad de un acto presuntamente cometido por un funcionario extranjero invalida el principio de la igualdad soberana de los Estados, del que emana la inmunidad *ratione materiae* que el Estado confiere a sus funcionarios? Desde luego, en algunos casos los delitos internacionales graves son cometidos por personas que no son funcionarios de Estado (por ejemplo, representantes de partidos no gubernamentales durante conflictos armados locales). Sin embargo, en esos casos tampoco se plantea la cuestión de la inmunidad. La cuestión de la inmunidad se plantea solamente en relación con los funcionarios de Estado. Ahora bien, por lo general, la posibilidad misma de que los funcionarios de Estado cometan delitos en gran escala se plantea solamente por el hecho de que dichos funcionarios cuentan con el respaldo del Estado, actúan en nombre del Estado, se valen de sus mecanismos de coerción o dictan órdenes, entre otros. En ese contexto, la afirmación de que actos de ese tipo son de carácter privado y no oficial parecería más bien un intento artificial y no del todo legítimo de superar la barrera de la inmunidad *ratione materiae* que protege a los funcionarios contra la jurisdicción penal extranjera.

62. Otro argumento es que la inmunidad *ratione materiae* no es aplicable cuando el acto delictivo de que se trate sea atribuible no sólo al Estado sino también al funcionario que lo haya cometido¹³⁴. Al respecto cabe observar que en el informe preliminar también se señala que la atribución al Estado de un acto ilícito realizado por cualquiera de sus funcionarios a título oficial no impide que ese acto se atribuya igualmente al funcionario en cuestión¹³⁵. No obstante, ello no altera el carácter oficial de esos actos. En ese contexto, no queda totalmente claro por qué ello impide que el funcionario goce de inmunidad *ratione materiae*, que es en esencia la inmunidad del Estado, en caso de cometer no sólo actos ilícitos sino delitos de derecho internacional¹³⁶.

los ejecutan en nombre del Estado. [...] En segundo lugar, la ficción jurídica eliminaría efectivamente la responsabilidad del Estado, ya que los actos realizados a título privado no pueden ser atribuidos al Estado». Véase también Wirth, «Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium Case*», pág. 891.

¹³⁴ Véase la nota 117 *supra*.

¹³⁵ Véase el párrafo 89 del informe preliminar (nota 4 *supra*).

¹³⁶ En principio, de aplicarse la lógica de los partidarios del criterio aquí examinado, en general no existiría la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera para los funcionarios de Estado, no sólo en relación con delitos internacionales, por cuanto cualquier delito cometido por un funcionario a título oficial, y no sólo los delitos graves, podría atribuirse no solamente al Estado sino también al propio funcionario.

63. Otra de las razones de la ausencia de inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que cometen delitos graves de derecho internacional está basada en el supuesto de que esas mismas violaciones muy graves de los derechos humanos han sido tipificadas como delitos y están prohibidas por las normas imperativas de derecho internacional general. En consecuencia, a juicio de los partidarios de este criterio, esas normas de *jus cogens* tienen precedencia sobre la norma consuetudinaria dispositiva de la inmunidad *ratione materiae*¹³⁷. Esa fue la posición mantenida, en particular, por una minoría de magistrados en las causas *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁸. En la opinión disidente de los magistrados Rozakis, Caflich, Costa, Wildhaber, Cabral Barreto y Vajić se afirma, en particular, lo siguiente:

Como la norma de *jus cogens* que prohíbe la tortura y las reglas en materia de inmunidad se encuentran vinculadas, el obstáculo de procedimiento que representa la inmunidad de los Estados se encuentra automáticamente descartado porque, dado que estas normas entran en conflicto con normas de rango superior, las mismas carecen de efectos jurídicos. Asimismo, no puede invocarse el derecho nacional, encargado de dar efecto en el plano interno a las reglas internacionales en materia de inmunidad de los Estados, como obstáculo a la competencia; por el contrario debe interpretarse dentro de los límites y a la luz de los principios imperativos de *jus cogens*¹³⁹.

Lord Millet se refirió prácticamente a lo mismo en la causa *Pinochet n.º 3*¹⁴⁰. En la causa *Ferrini*, la Corte de Casación de Italia declaró que la comisión de delitos internacionales constituía una violación grave de los derechos humanos fundamentales y los valores universales de la comunidad internacional y que esos valores estaban protegidos por las normas imperativas del derecho internacional, lo cual implicaba que los tribunales nacionales ejercían jurisdicción penal y civil universal sobre esos delitos y que esas normas tenían precedencia sobre el principio de inmunidad¹⁴¹. En la causa *Lozano*,

¹³⁷ A pesar de que la inmunidad emana del principio de la igualdad soberana de los Estados, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional, a todas luces resulta apropiado considerar la norma de inmunidad como una norma dispositiva de la que pueden desviarse los Estados previo acuerdo mutuo.

¹³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 21 de noviembre de 2001, causa *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (demanda n.º 35763/97), *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, pág. 117.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Lord Millet: «La comunidad internacional ha tipificado un delito para el que la inmunidad *ratione materiae* no resulta aplicable. No puede presumirse que el derecho internacional haya tipificado un delito con carácter de *jus cogens* y al mismo tiempo otorgue una inmunidad que se haga extensiva a la obligación que se trata de imponer».

¹⁴¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVII, n.º 2 (2004), pág. 539, fallo 11 de marzo de 2004, n.º 5044, párrs. 9 y 9.1. Al igual que la causa *Al-Adsani* examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Ferrini* giró en torno a la inmunidad del Estado y no a la de sus funcionarios. Al mismo tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también examinó los fallos de otros tribunales nacionales en relación con causas penales contra funcionarios extranjeros y sostuvo que ello mostraba que la inmunidad funcional de esas personas quedaba invalidada en caso de que fueran acusadas de delitos internacionales. Esta opinión de la Corte de Casación de Italia fue argumentada en su fallo sobre la causa civil *Milde* (13 de enero de 2009, n.º 1072, *ibid.*, vol. XCII, n.º 2 (2009), pág. 618). Véase asimismo el comentario de Francesco Moneta, «State immunity for international crimes: The case of Germany versus Italy before the ICJ», disponible en www.haguejusportal.net. Véase también la causa *Prefectura de Voiotia c. Alemania*, Corte Suprema de Grecia, n.º 11/2000, 4 de mayo de 2000 (AJIL, vol. 95, pág. 198). En opinión de Lord Bingham de Cornhill, «[e]l fallo *Ferrini* no puede ser

que giró en torno a la cuestión de la inmunidad de un soldado estadounidense respecto de la jurisdicción penal de Italia en relación con un delito presuntamente cometido en el Iraq, la Corte de Casación señaló que está surgiendo una regla consuetudinaria al efecto de que la inmunidad de un Estado no cubra actos calificados como delitos de derecho internacional. El razonamiento de esta excepción se basa en el hecho de que en caso de conflicto entre las reglas sobre inmunidad y las que tipifican delitos internacionales, debían prevalecer estas últimas por ser de *jus cogens*¹⁴². Este punto de vista se sostiene en la doctrina¹⁴³ y fue del que partió el magistrado Al-Kasawneh en su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁴⁴.

tratado como una declaración precisa del derecho internacional, según se lo entiende en general», caso *Jones* (nota 106 *supra*), párr. 22.

¹⁴² Caso *Lozano*, n.º 31171/2008, fallo de apelación. En este fallo, la Corte de Casación reconoció, pese a lo ya expuesto, que los tribunales italianos no podían ejercer su jurisdicción respecto del delito presuntamente cometido por Lozano, por cuanto no se trataba de un crimen de guerra y, por tanto, la excepción a la que se hacía referencia no era extensiva a este caso y los soldados extranjeros gozaban de la misma inmunidad *ratione personae* que los órganos del Estado conforme al derecho internacional consuetudinario. En lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se consideró que es una regla bien establecida de derecho internacional, universalmente aceptada tanto en la doctrina jurídica como en las decisiones judiciales internacionales prevalecientes [...] que los actos *iure imperii* llevados a cabo por órganos de un Estado en cumplimiento de sus funciones estaban cubiertos por inmunidad y por consiguiente no se encontraban sujetos a la jurisdicción civil o penal de un Estado extranjero. La regla de la inmunidad *ratione materiae*, que debe distinguirse de la inmunidad *ratione personae* de que gozan ciertos funcionarios del Estado, fue simplemente corolario de la regla internacional consuetudinaria que establece la inmunidad de un Estado de la jurisdicción de un Estado extranjero por los actos *iure imperii* de su órganos. Dado que cada Estado soberano tenía libertad para determinar su estructura interna y para designar a los individuos que actuarían como órganos del Estado, los actos llevados a cabo por los órganos del Estado constituían el ejercicio de las funciones del Estado y por consiguiente debían atribuirse al Estado. En consecuencia, sólo el Estado puede ser considerado responsable de tales actos. Véase *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 1085 (IT 2008).

¹⁴³ Véase, por ejemplo, Taylor: «Dado que la tortura viola normas de *jus cogens*, podría ser una renuncia implícita a la inmunidad. Las normas de *jus cogens* son reglas de conducta internacionalmente aceptadas por los Estados soberanos. Tienen la jerarquía más alta del derecho internacional. La inmunidad soberana, por otra parte, tiene su origen en el derecho internacional consuetudinario y no es una norma de *jus cogens*. La inmunidad soberana podría entonces no estar disponible para los infractores del *jus cogens*; en efecto, las infracciones podrían ser renunciadas implícitas a la inmunidad» («Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State», pág. 114. Parlett (*loc. cit.*, pág. 51) explica el fundamento de este enfoque como sigue: «Si bien el argumento prevaleciente no fue generalmente aceptado, el razonamiento tiene alguna validez. En primer lugar, los efectos de una norma de *jus cogens* no se limitan a los tratados sino que se extienden al derecho internacional consuetudinario y a la legislación y la práctica nacionales. En segundo lugar, para dar efecto adecuado a una norma de *jus cogens*, ésta debe prevalecer no sólo sobre las normas de fondo contrarias, sino también sobre las normas de procedimiento. En el caso de la tortura, esto significaría que la prohibición de *jus cogens* no sólo prevalece sobre la legislación nacional que autoriza la tortura, sino en la operación de inmunidad para prevenir la aplicación de los derechos relacionados con la propia norma. Como las normas de inmunidad no tienen carácter *jus cogens*, deben ceder ante el efecto de la norma jerárquicamente superior».

¹⁴⁴ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 98, párr. 7 («Se puede argüir que la lucha efectiva contra esos delitos graves reviste a esta altura el carácter de *jus cogens*, lo que refleja el reconocimiento por la comunidad internacional de los intereses y valores comunitarios vitales que trata de proteger y reforzar. En consecuencia, cuando esta norma jerárquicamente más elevada entra en conflicto con las normas que rigen la inmunidad, debe prevalecer»).

64. No obstante, la mayoría de los magistrados que examinaron los casos *Al-Adsani* y *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁴⁵ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no estuvo de acuerdo con esa posición. En el fallo *Al-Adsani*, se afirma sobre el particular:

No obstante el carácter especial que el derecho internacional le reconoce a la prohibición de la tortura, el Tribunal no encuentra en los instrumentos internacionales, en los fallos judiciales o en otros documentos en su posesión ningún elemento sólido que le permita concluir que en derecho internacional un Estado deja de gozar de inmunidad ante una acción civil promovida ante los tribunales de otro Estado en las que se hayan alegado actos de tortura¹⁴⁶.

La posición adoptada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido respaldada en la doctrina¹⁴⁷. Al mismo tiempo hay que tener presente que en los casos mencionados el Tribunal Europeo debió abordar la cuestión de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil y no de la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera. En el memorando de la Secretaría se observa que

no parece ser evidente que una norma sustantiva de derecho internacional que tipifica como crimen determinada conducta sea incompatible con una norma que impide, en determinadas circunstancias, el enjuiciamiento por dicha conducta en una jurisdicción penal extranjera¹⁴⁸.

Así y todo, la situación parece ser más clara. Las normas imperativas que tipifican los delitos internacionales pertenecen al ámbito del derecho sustantivo. Como ya se señaló, la norma relativa a la inmunidad es de carácter procesal, no influye en la tipificación de los actos aquí examinados como delitos, no exime de responsabilidad por éstos e inclusive tampoco excluye la jurisdicción penal sobre esos actos cuando sean cometidos por un funcionario extranjero (la inmunidad protege solamente contra determinados actos). Por cuanto, por un lado, la norma de inmunidad y, por el otro, las normas que tipifican como delitos determinados comportamientos o establecen las responsabilidades en que se incurre por éstos, regulan cuestiones distintas y pertenecen a esferas jurídicas diferentes (procesal y sustantiva, respectivamente), la posibilidad de que difícilmente podrían entrar en conflicto, inclusive a pesar del hecho de que unas son normas imperativas y la otra es una norma de carácter dispositivo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, demanda n.º 59021/00, fallo de 12 de diciembre de 2002, *Recueil des arrêts et décisions 2002-X*.

¹⁴⁶ Caso *Al-Adsani* (nota 138 *supra*), párr. 61. Esta posición quedó reflejada asimismo en el fallo sobre el caso *Kalogeropoulou* (nota precedente): «El Tribunal no considera probado que en derecho internacional se admita que los Estados no puedan pretender a la inmunidad en caso de acciones civiles por daños e intereses por crímenes de lesa humanidad que se incoan en el territorio de otro Estado».

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, Caplan, «State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», y Rau, «After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case».

¹⁴⁸ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 195.

¹⁴⁹ Zimmermann, por ejemplo, observó a ese respecto que «parece ser más apropiado considerar ambos temas como dos conjuntos de normas que no interactúan entre sí» («Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», pág. 438). Tal vez resulte pertinente en este caso referirse por analogía al fallo de la CIJ en el caso *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), en el que Portugal había afirmado, entre otras cosas, que «los derechos que Australia habría violado eran oponibles *erga omnes* y que, en consecuencia, Portugal podía exigir a Australia, individualmente, el respeto de esos derechos, sin

65. En 2006, en la causa *Jones* (en la que se examinó la cuestión de la inmunidad tanto del Estado como de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera), la más alta instancia judicial del Reino Unido expresó su desacuerdo con la idea de que la norma imperativa que prohíbe la tortura debe prevalecer sobre la norma relativa a la inmunidad de un Estado extranjero¹⁵⁰. En la vista de este caso, Lord Hoffman observó en particular lo siguiente:

La prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*. [...]

Para producir un conflicto con la inmunidad del Estado es [...] necesario demostrar que la prohibición de la tortura generó una norma de procedimiento auxiliar, que por vía de excepción a la inmunidad del Estado, da derecho o quizás requiera a los Estados que asuman la jurisdicción civil sobre otros Estados en los casos en que se alegue tortura. Sería deseable una regla de esta naturaleza y, dado que el derecho internacional cambia, podría desarrollársela. Sin embargo, contrariamente a la afirmación de la minoría en el caso *Al-Adsani*, no supone la prohibición de la tortura¹⁵¹.

66. Alemania consideró que el fallo que le fuera desfavorable en la causa *Ferrini* (párr. 63 *supra*), así como otros fallos de tribunales italianos en ese mismo sentido, constituían actos violatorios de su inmunidad por parte de Italia y, por tanto, contrarios al derecho internacional, y recurrió ante la CIJ. En la presentación de su caso ante la Corte, Alemania señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

En el caso *Ferrini* en particular, y posteriormente en otros, la Corte de Casación reconoció abiertamente que no aplicaba el derecho internacional actualmente en vigor, sino que quería desarrollarlo fundándose en una regla «en vías de constitución», regla que no existe en tanto que norma del derecho internacional positivo. En sus propias palabras, la Corte de Casación ha admitido pues que, al interpretar de manera restrictiva la inmunidad de jurisdicción, es decir, al extender el poder de jurisdicción de Italia, violaba los derechos que le corresponden a Alemania en virtud del principio fundamental de la igualdad soberana¹⁵².

importar si otro Estado hubiera o no adoptado un comportamiento ilícito análogo». La Corte consideró que «la oponibilidad *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes. Cualesquiera sea la naturaleza de las obligaciones invocadas, la Corte no puede decidir sobre la licitud del comportamiento de un Estado cuando la decisión que debe tomarse implica una apreciación de la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el caso. Ante ello, la Corte no se pronunciará, incluso si el derecho de que se trata es oponible *erga omnes*» (fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 102, párr. 16; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 90). Stern se refiere a esa opinión de la CIJ en el mismo contexto («Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», págs. 546 y 547). Caplan (*loc. cit.*, pág. 772), quien también somete a crítica la teoría de la «jerarquía normativa», si bien en un contexto algo diferente, escribe: «En esencia, las normas de derechos humanos y de inmunidad del Estado, en tanto se refuerzan mutuamente, se refieren a aspectos distintos y exclusivos del orden jurídico internacional». Por una parte, las normas de derechos humanos protegen «los derechos inalienables y legalmente aplicables» del individuo «contra toda interferencia del Estado y contra el abuso de poder de los gobiernos». Por la otra, las normas sobre inmunidad del Estado autorizan a los funcionarios estatales «a desempeñar sus funciones efectivamente y [...] a asegurar una dirección ordenada de las relaciones internacionales. Para demostrar la existencia de un conflicto de normas de derecho internacional, la teoría de la jerarquía normativa debe probar la existencia de una norma de *jus cogens* que prohíba el otorgamiento de inmunidad por las violaciones de derechos humanos por Estados extranjeros. Sin embargo, la teoría de la jerarquía normativa no da pruebas sobre la existencia de tales normas imperativas».

¹⁵⁰ Caso *Jones* (nota 106 *supra*).

¹⁵¹ *Ibíd.*, Lord Hoffman, párrs. 44 y 45.

¹⁵² Caso *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia; Grecia (interviniente)), demanda de Alemania, 23 de diciembre de 2008, párr. 13; disponible en www.icj-cij.org.

El Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá), en el fallo sobre la causa *Bouzari* de 2002, señaló que

[u]na revisión de los fallos de los tribunales nacionales e internacionales, así como de la legislación de los Estados con respecto a la inmunidad soberana, indica que no existe ningún principio de derecho internacional consuetudinario que prevea una excepción a la inmunidad del Estado cuando se haya cometido un acto de tortura fuera del Estado del foro, incluso si se trata de actos contrarios al *jus cogens*. En efecto, la evidencia de la práctica de los Estados, según se refleja en estas y otras fuentes, permite llegar a la conclusión de que actualmente existe una norma de derecho internacional consuetudinario que brinda inmunidad al Estado por actos de tortura cometidos fuera del Estado del foro¹⁵³.

Por otro lado, en las causas *Ferrini* y *Bouzari*, los tribunales ejercieron jurisdicción civil. Al hacerlo, en la causa *Bouzari* se estableció una distinción entre situaciones que presuponen la existencia de inmunidad de jurisdicción extranjera y que están relacionadas con casos de tortura, dependiendo del tipo de jurisdicción, penal o civil, que se ejerza. Al confirmar la inmunidad del Estado en el primer caso, el Tribunal de Apelaciones observó que una persona podía incurrir en responsabilidad penal por un delito de tortura cometido en un país extranjero, sin que un Estado tuviera que someterse a la jurisdicción de otro Estado¹⁵⁴. El fallo contiene elementos de juicio que permiten presumir la posibilidad de enjuiciar en el Canadá a un funcionario extranjero acusado del delito de tortura, habida cuenta de las obligaciones contraídas por el Canadá en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o, si bien ello reviste un carácter altamente hipotético, en conexión con el hecho de que no puede considerarse la tortura como una función del Estado, aunque en cualquier caso no en relación con la existencia de una norma imperativa de derecho internacional que tenga precedencia sobre una norma dispositiva sobre la inmunidad¹⁵⁵. Cabe preguntarse si se puede o no afirmar que la prohibición de delitos internacionales graves con arreglo a normas de *jus cogens* puede acarrear consecuencias diferentes para la inmunidad dependiendo de qué tipo de jurisdicción, civil o penal, se ejerza. Al parecer, ni la práctica ni la lógica indican que esas consecuencias podrían diferir unas de otras¹⁵⁶.

67. Cabe preguntarse además, en relación con el criterio examinado para el establecimiento de excepciones a la inmunidad: si las normas que tipifican como delitos y proscriben ciertos actos, que son normas de *jus cogens*, prevalecen sobre la inmunidad del Estado y/o de un funcionario, ¿por qué habrían de prevalecer solamente sobre la inmunidad *ratione materiae*? También la inmunidad

ratione personae es de carácter dispositivo¹⁵⁷. Sería lógico suponer que también la inmunidad *ratione personae* sería invalidada por la acción de la norma imperativa con la que está en conflicto. Sin embargo, hasta los que propugnan que la inmunidad *ratione materiae* deja de existir cuando se trata de delitos internacionales graves, en general no desean ir «tan lejos» y no cuestionan la validez de la inmunidad personal de los funcionarios en ejercicio de más alto rango¹⁵⁸.

68. Otro de los criterios empleados para el establecimiento de excepciones a la inmunidad *ratione materiae* se basa en la hipótesis de que en el derecho internacional se ha establecido una norma consuetudinaria en virtud de la cual dicha inmunidad no existe para el funcionario que haya cometido un delito grave tipificado en el derecho internacional¹⁵⁹. Para demostrar la existencia de esa norma se hace referencia a las disposiciones de los documentos constitutivos y los fallos de tribunales penales internacionales, empezando por los de Nuremberg y

¹⁵⁷ Existe también la opinión de que la inmunidad de un jefe de Estado en funciones, es decir, la inmunidad personal, es una norma de carácter imperativo (véase, por ejemplo, la opinión de Lord Hope, a la que se hace referencia en la nota siguiente), pero sería difícil estar de acuerdo con semejante afirmación. Es de suponer que los Estados pueden, sin duda, concertar un acuerdo internacional de conformidad con el cual los respectivos jefes de Estado no gozarían de inmunidad respecto de la jurisdicción penal de ninguna de las partes en el acuerdo. Al parecer, no existen fundamentos que permitan suponer que tal acuerdo carecería de validez. Véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 8, párr. 1: «Los Estados pueden acordar aportar a la inviolabilidad, a la inmunidad de jurisdicción y a la inmunidad de ejecución de sus jefes de Estado las derogaciones que consideren oportunas».

¹⁵⁸ Al respecto, resulta de interés el siguiente pasaje de un artículo de Stern («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine' des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», págs. 525 y 526): «Otro interrogante concierne el estatuto del jefe de Estado en ejercicio, cuya inmunidad absoluta en materia penal ha sido reafirmada. Si la solución adoptada para un exjefe de Estado se fundamenta en la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de un delito que prevalece sobre cualquier norma que otorgue impunidad por tal delito, resulta difícil comprender por qué no se aplicaría igualmente a los jefes de Estado en ejercicio, a no ser que su inmunidad absoluta sea igualmente considerada como una regla de *jus cogens*, lo que no está nada claro. Sin embargo, esa es la posición que adoptó Lord Hope en la segunda decisión [caso *Pinochet*] ya que invoca 'el carácter de *jus cogens* de la inmunidad de que gozan los jefes de Estado' precisamente para decir que no resulta claro que la inmunidad, que ocupa ese lugar en la jerarquía de normas, debe ser fácilmente levantada a los jefes de Estado en ejercicio. No obstante, el razonamiento inverso es también posible y ya algunos consideran que dado que la inmunidad fue levantada para ciertos actos cometidos por exjefes de Estado, no se ve por qué no sería el caso también para los jefes de Estado en ejercicio. Por supuesto que debe alertarse un retroceso de la inmunidad, pero no a cualquier precio. Personalmente, pienso que no debe llegarse a la próxima etapa, pedida por algunas ONG, que autorice el enjuiciamiento de los jefes de Estado en ejercicio ante cualquier jurisdicción nacional que ejerza una competencia universal. El ejemplo de un tribunal de Belgrado, que condenó el 21 de septiembre de 2000 a 14 dirigentes occidentales, entre ellos Bill Clinton, Tony Blair y Jacques Chirac a 20 años de prisión por los actos de la OTAN en Yugoslavia, muestra algunos de los posibles efectos contraproducentes que podría haber si se recurre ampliamente a esta vía».

¹⁵⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204. La propia Corte de Casación de Italia también se refiere, en los fallos antes citados, a una norma consuetudinaria que establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae*, pero en un sentido más estrecho; en este caso, lo que se debate es el surgimiento, a juicio de la Corte, de una norma consuetudinaria de derecho internacional según la cual las normas imperativas que proscriben los delitos internacionales tienen precedencia sobre la inmunidad *ratione materiae*.

¹⁵³ *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. n.º 1624, fallo, párr. 63. El Tribunal de Apelaciones de Ontario confirmó este fallo en 2004, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004], párr. 95. Esta causa fue incoada sobre la base de una demanda civil de indemnización presentada contra la República Islámica del Irán por daños ocasionados a uno de sus ciudadanos como resultado de torturas cometidas en su territorio.

¹⁵⁴ Tribunal de Apelaciones de Ontario, *ibíd.*, párrs. 91 y 93.

¹⁵⁵ Véase, en particular, *ibíd.*, párrs. 69 a 81 y 89 a 91.

¹⁵⁶ La naturaleza de ambos tipos de jurisdicción es la misma: el ejercicio por el Estado de las prerrogativas de su autoridad. Si una norma imperativa prevaleciera sobre la norma de inmunidad, sería irrelevante la cuestión de qué tipo de inmunidad se trata, si de jurisdicción civil o jurisdicción penal, y viceversa, tanto más cuanto que a veces ambos tipos de jurisdicción son muy similares; por ejemplo, cuando se presenta una demanda civil y ésta es examinada en el marco de una causa penal.

Tokio¹⁶⁰, así como a tratados internacionales en los que se tipifican delitos como el genocidio y el *apartheid*. En el memorando de la Secretaría se exponen estos argumentos con suficiente detalle¹⁶¹. Éstos fueron esgrimidos también por Bélgica ante la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁶². Como se sabe, la Corte, luego de reconocer la existencia de la inmunidad, expresó su desacuerdo con esos argumentos tanto en lo que respecta a la inmunidad *ratione personae* de los ministros de relaciones exteriores en funciones (y otros funcionarios amparados por esa inmunidad)¹⁶³, como en lo que atañe a la inmunidad *ratione materiae* de los exfuncionarios¹⁶⁴. Sin embargo, se sigue propugnando la idea de la existencia de la norma consuetudinaria antes mencionada. Uno de los principales argumentos en favor de esa idea, además de los citados anteriormente, consiste en remitir a todo un conjunto de fallos de tribunales nacionales que, en opinión de los partidarios de esa idea, son prueba de que la inmunidad no es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. A título de ejemplo de una de las exposiciones más recientes de esta posición, pueden citarse las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres ONG—Redress Trust, Amnistía Internacional y Justice— en las causas *Jones y Mitchell*¹⁶⁵. Esas

¹⁶⁰ Entre los fallos relativamente recientes de tribunales internacionales que se citan en ese sentido cabe destacar el fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, en el que se afirma, en particular, que las excepciones a la norma consuetudinaria del derecho internacional sobre la inmunidad funcional de los funcionarios del Estado «surge de las normas del derecho penal internacional que prohíben los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio. Bajo estas normas, los responsables de tales delitos no pueden invocar inmunidad de jurisdicción nacional o internacional, aun si cometieron los delitos actuando en sus capacidades oficiales» (caso IT-95-14, fallo de la Sala de Apelaciones sobre la solicitud presentada por Croacia para que se revisara la decisión de la Sala de Primera Instancia de 18 de julio de 1997 (mandamientos de presentación de instrumentos), 29 de octubre de 1997, párr. 41; véase también la nota 97 *supra*). En este fallo no se afirma que se haya formado una norma consuetudinaria de derecho internacional por la que se establezcan excepciones a la inmunidad *ratione materiae* ni se da ninguna explicación de por qué existen excepciones. Si se intentara elucidar a qué criterio se aproxima más la opinión del Tribunal, tal vez la respuesta apunte al criterio, anteriormente expuesto, según el cual las normas que prohíben los delitos mencionados en el fallo son, por naturaleza, normas de *jus cogens*. De otra forma, resulta difícil inferir de ese fallo por qué tales normas deberían prevalecer sobre la inmunidad.

¹⁶¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204.

¹⁶² Véase la contramemoria de Bélgica de 28 de septiembre de 2001, párr. 3.5.13 y ss. Vale la pena destacar que en el párrafo 3.5.84 de esa contramemoria, la parte belga, en respuesta a posibles objeciones, en esencia equipara las consecuencias de la aplicación de la norma sobre las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* demostradas por ese país, adoptando al respecto una posición radical («otros jueces [...] en el fallo de 24 de marzo de 1999 [en la causa *Pinochet* n.º 3], al tiempo que consideraron que Pinochet no se beneficiaba de la inmunidad *ratione materiae*, hicieron reserva sin embargo del caso de la inmunidad *ratione personae*, es decir, la inmunidad del jefe de Estado en ejercicio; para Bélgica, esta reserva no está fundada teniendo en cuenta las normas internacionales mencionadas más arriba sobre el rechazo de la inmunidad por delitos de derecho internacional humanitario, normas que no distinguen entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*»).

¹⁶³ *C.I.J. Recueil 2002*, párr. 58.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 61. La CIJ también conocía, como es natural, del fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, antes mencionada (véase las notas 97 y 160 *supra*).

¹⁶⁵ Casos *Jones v. United Kingdom* (demanda 34356/06) y *Mitchell and Others v. United Kingdom* (demanda 4028/06) (nota 117 *supra*),

demandas contienen referencias a varios fallos de tribunales nacionales en apoyo del criterio antes expuesto. En particular, se hace referencia al enjuiciamiento penal en la jurisdicción nacional de funcionarios extranjeros que cometieron delitos durante la Segunda Guerra Mundial; la causa *Pinochet* y las causas incoadas contra funcionarios extranjeros en España, los Estados Unidos, Francia, Italia, los Países Bajos, el Senegal y Suecia¹⁶⁶. Para evaluar hasta qué punto estos fallos pueden considerarse pruebas de la existencia de la referida norma consuetudinaria de derecho internacional es necesario examinarlos más detenidamente, así como la reacción de los Estados interesados luego de que se dictaran algunos de esos fallos.

69. Los «miles de exfuncionarios de los países del Eje enjuiciados por delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial» de los que se habla en las demandas¹⁶⁷ fueron sancionados sobre la base del «derecho de Nuremberg» (en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se afirmó, como es bien sabido, que «[e]l cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de departamentos del Gobierno, no los exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena»¹⁶⁸). El Estatuto del Tribunal de Tokio y la Ley N.º 10 del Consejo de Control contienen disposiciones análogas¹⁶⁹, al igual que la legislación nacional aprobada durante la celebración del proceso. Ninguno de los materiales de que el Relator Especial tiene conocimiento en relación con los procedimientos penales incoados contra funcionarios que cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial aporta pruebas de que los Estados a los que esas personas habían prestado servicios defendieron la inmunidad de éstas respecto de la jurisdicción penal extranjera en tanto exfuncionarios¹⁷⁰. Esto se puede considerar como una prueba del acuerdo general que existe entre los Estados que ejercen jurisdicción y los Estados que recibieron los servicios de esas personas de que, en lo que respecta a los delitos mencionados cometidos por funcionarios de los países del Eje, no se aplica la norma de inmunidad. Sin embargo, al parecer esto no basta para confirmar la existencia en el derecho internacional de una norma general consuetudinaria relativa a la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de

comentarios escritos de Redress Trust, Amnistía Internacional y Justice, presentados ante el Tribunal los días 14 y 25 de enero de 2010.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 18 a 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, nota 37.

¹⁶⁸ Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.).

¹⁶⁹ Para el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), véase *ibid.* Para la Ley n.º 10, véase Telford Taylor, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, Washington D. C., U. S. Government Printing Office, 1949.

¹⁷⁰ La cuestión de la inmunidad se presentó como defensa en la causa *Eichmann*. No obstante, en este caso no se trataba de la inmunidad de un funcionario, sino de la inmunidad derivada de la presencia de A. Eichmann en la Argentina en calidad de fugitivo, respecto de actos que no estaban comprendidos en una ley oficial de extradición («inmunidad de un acusado fugitivo», teniendo en cuenta el «principio de especialización»). Véase Israel, Tribunal de Distrito de Jerusalén, *Israel v. Eichmann*, ILR, vol. 36.

delitos cometidos por otros funcionarios después de la Segunda Guerra Mundial¹⁷¹:

a) No existen pruebas de que en la causa *Ben Saïd* (ex-funcionario del consulado de Túnez), incoada en Francia en 2008, se haya examinado su inmunidad *ratione materiae* (como comisario de policía que cometió, en su condición de tal, el presunto delito de tortura). El fallo se dictó *in absentia* y no tuvo consecuencias prácticas¹⁷²;

b) En las causas incoadas en Italia en 2000-2001 contra siete exmilitares argentinos, entre ellos el general G. Suárez, acusados del asesinato o secuestro de ciudadanos italianos, se hizo referencia al período de la «guerra sucia». La Argentina no pidió a Italia que se abstuviera de ejercer su jurisdicción penal en relación con esas personas en virtud de su inmunidad¹⁷³. Se sabe que la Argentina, además, se propone encausar bajo su jurisdicción a militares involucrados en la «guerra sucia», a cuyo fin se han derogado las leyes de amnistía pertinentes, aunque en las causas contra estas personas no se plantea la cuestión de la inmunidad, sino la de la prioridad de jurisdicción¹⁷⁴;

c) En la causa incoada en los Países Bajos en 2008 contra el exdirector de los Servicios de Inteligencia y el ex Ministro de Seguridad del Afganistán (causa contra el director de los Servicios de Inteligencia Militar KhAD-e-Nezami)¹⁷⁵, se abordó la cuestión de la inmunidad (la acusación hacía referencia a delitos militares)¹⁷⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los acusados habían realizado esos actos en el curso de las operaciones militares en el Afganistán en el decenio de 1980 y que el actual gobierno del Afganistán no reclamó su inmunidad. La causa *Scilingo*, incoada en España, ya se abordó en el

presente informe¹⁷⁷. En este caso se puede hablar de la renuncia a la inmunidad por la Argentina¹⁷⁸.

70. En lo que respecta a las órdenes de detención a que se hace referencia en este contexto en las peticiones presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres ONG¹⁷⁹, cabe señalar lo siguiente:

a) Las órdenes de detención dictadas por España y Francia contra un grupo de altos funcionarios rwandeses provocaron protestas de Rwanda y de la UA. En particular, en una decisión aprobada por la undécima Cumbre de la Unión Africana se declaró que esas acciones violaban la soberanía y la integridad territorial de Rwanda y constituían un abuso de la jurisdicción universal¹⁸⁰. Como resultado de este incidente, en noviembre de 2006 Rwanda rompió relaciones diplomáticas con Francia, las cuales no se restablecieron hasta noviembre de 2009, y amenazó con interponer acciones judiciales contra ciudadanos franceses en respuesta a las acciones de Francia¹⁸¹. Estas medidas sólo generaron tensiones en las relaciones entre esos Estados¹⁸², que las partes interesadas han venido tratando de aliviar (como lo prueban las declaraciones del Presidente francés Sarkozy durante una visita oficial a Rwanda en febrero de 2010)¹⁸³. La causa incoada en Francia contra Rose Kabuye, jefa de protocolo del Presidente de Rwanda, a la que se hace referencia en las demandas presentadas por ONG¹⁸⁴, fue desestimada¹⁸⁵;

b) La ejecución de las órdenes de detención dictadas en España contra exfuncionarios de la Argentina, Guatemala y otros países, acusados de delitos graves de derecho internacional¹⁸⁶ ha tropezado con la compleja situación de conflictos entre jurisdicciones, no con la cuestión de la inmunidad;

c) Suecia dictó una orden de detención contra el ciudadano argentino A. Astiz, excapitán de la inteligencia

¹⁷¹ Van Alebeek (*op. cit.*, pág. 216) afirma que «[l]a legislación promulgada por algunos Estados después de la Segunda Guerra Mundial se limitó a delitos cometidos en la guerra y no constituyó tribunales con competencia general para entender en delitos contra el derecho internacional cometidos en el extranjero. Sólo en unos pocos casos los tribunales nacionales realmente ejercieron la jurisdicción universal, y todos estos juicios —como los casos *Eichmann* en Israel, *Barbie* en Francia, *Finta* en el Canadá y *Polyukhovich* en Australia— se trataba de delitos cometidos por los nazis».

¹⁷² Véase el caso *Khaled Ben Saïd*, Tribunal de Distrito de Estrasburgo, fallo de 15 de diciembre de 2008 (Federación Internacional de los Derechos Humanos, *L'affaire Khaled Ben Saïd*, GAJ, n.º 512, marzo de 2009).

¹⁷³ Véase «Disappeared, but not forgotten», *The Guardian*, 15 de junio de 2006.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, «Argentina holds 'Dirty War' trial», *BBC News*, 21 de junio de 2006.

¹⁷⁵ LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E).

¹⁷⁶ En la apelación de la defensa (*ibíd.*) se afirmó, entre otras cosas, que el tribunal «no estatuyó (*ex proprio motu*) que el enjuiciamiento [...] es inadmisibles por falta de jurisdicción ya que el imputado gozaba de inmunidad en su calidad de funcionario en esa época en el Afganistán» (párr. 7.1). En su respuesta a la apelación, la Corte Suprema de los Países Bajos declaró lo siguiente: «Los fundamentos de la apelación es inadmisibles si de los mismos resulta que el imputado no tenía derecho a la inmunidad de jurisdicción según se menciona en el párrafo 6.6 *supra* [donde dice, entre otras cosas, que '[s]i bien el artículo 8 del Código Penal [de los Países Bajos] no dispone, en efecto, que la aplicabilidad de las disposiciones neerlandesas sobre jurisdicción se encuentra limitada por las excepciones reconocidas en derecho internacional, esto [...] no es más que un reconocimiento estatutario de la inmunidad de jurisdicción derivada del derecho internacional'] sea en su calidad de ex jefe del servicio de inteligencia del Estado de Afganistán o en su calidad de viceministro de seguridad del Estado» (párr. 7.2).

¹⁷⁷ Véase el párrafo 16 *supra*.

¹⁷⁸ «Los tribunales españoles tiene jurisdicción para juzgar al excapitán de navío argentino Adolfo Scilingo, juzgado en España por genocidio y tortura, dijo el Secretario de Derechos Humanos de la Argentina Eduardo Duhalde en una entrevista a IPS», véase «Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser», IPS Inter Press Service, 18 de abril de 2005.

¹⁷⁹ Véase la nota 117 *supra*.

¹⁸⁰ «El carácter y el abuso políticos del principio de jurisdicción universal por jueces de algunos Estados no africanos contra dirigentes africanos, especialmente de Rwanda, constituye una clara violación de la soberanía y la integridad territorial de estos Estados», Decisión relativa al Informe de la Comisión sobre el abuso del principio de jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/14 (XI), párr. 5, apdo. ii) (Assembly/AU/ Dec.199(XI)). Cabe suponer que esta situación fue una de las razones de los debates celebrados entre la UA y la UE sobre la jurisdicción universal. Véase también «African Presidents Condemn Western Indictments», Radio Nederland Wereldomroep, 2 de julio de 2008.

¹⁸¹ «Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest», *The Guardian*, 12 de noviembre de 2008.

¹⁸² «Smear against Rwanda unfounded, Spanish official said», *The Kigali New Times*, 17 de octubre de 2009; «Rwanda and Spain discuss genocide warrants», *Expatica.com*, 18 de octubre de 2009.

¹⁸³ Véase «On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits 'Grave Errors' in 1994 Genocide», *The New York Times*, 25 de febrero de 2010.

¹⁸⁴ Véase la nota 117 *supra*.

¹⁸⁵ Véase la nota 19 *supra*.

¹⁸⁶ España, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 1, Diligencias previas 331/1999 (2008).

militar, acusado de delitos cometidos durante el período de la «guerra sucia», y quien fue condenado a cadena perpetua en Francia. La Argentina se ha negado a extraditarlo a Francia¹⁸⁷ o a Suecia¹⁸⁸, y se propone llevarlo ante los tribunales de manera independiente, sin examinar la cuestión de la inmunidad. En cuanto a las causas relacionadas con delitos cometidos durante el período de la «guerra sucia», en general cuando se ha tratado de examinarlos en diversos Estados la cuestión fundamental ha sido la de la prioridad de jurisdicción¹⁸⁹;

d) La causa *Álvarez (Sosa c. Álvarez-Machain)*¹⁹⁰, que se menciona en las demandas de las ONG presentadas en los Estados Unidos, no se refería a la inmunidad de funcionarios de Estado extranjeros, mientras que, como ya se indicó (párr. 16 *supra*), en la causa seguida en el Senegal contra Hissein Habré se renunció a la inmunidad.

71. Huelga decir que las conclusiones extraídas del análisis de una serie de causas penales a las que se refirieron las tres ONG en las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están lejos de agotar la cuestión. No obstante, ofrecen razones suficientes para poner seriamente en duda la idea de que estos casos confirman la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario por la que se establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae* (sobre todo si se tienen en cuenta, además, tanto las decisiones de tribunales y organismos encargados de hacer cumplir la ley a nacionales en los que se ha afirmado de manera directa la inmunidad, como las reacciones de los Estados interesados). Antes bien, estos casos confirman los intentos por ejercer jurisdicción universal o jurisdicción penal nacional extraterritorial en relación con determinados delitos de derecho internacional, así como el hecho de que tales intentos distan mucho de ser siempre fructíferos.

72. No obstante, existe también la opinión de que la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario no se aplica en los casos de delitos respecto de los cuales un Estado extranjero ejerce jurisdicción universal o, de manera similar, jurisdicción penal extraterritorial¹⁹¹. No existe una definición generalmente aceptada de jurisdicción universal. A los fines del presente informe no se considera necesario examinar y definir el concepto de jurisdicción penal nacional universal ni determinar si ésta se diferencia —y, de diferenciarse, en qué lo haría— de la jurisdicción nacional extraterritorial. Parece suficiente tomar como base alguna de las definiciones existentes en la doctrina o en documentos de ONG. Por ejemplo, en una resolución de 2005, el Instituto de Derecho Internacional propone esta definición:

¹⁸⁷ Véase «Argentina rejects French Astiz bid», *BBC News*, 21 de septiembre de 2003.

¹⁸⁸ Véase «Astiz Freed: Extradition bid fails», *Mercopress*, 29 de enero de 2002.

¹⁸⁹ Un ejemplo notable es el caso del exoficial militar argentino Ricardo Cavallo (acusado de genocidio y terrorismo), que se examinó en España, y quien fue extraditado a la Argentina el 31 de marzo de 2008 (trial-ch.org).

¹⁹⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, 542 U.S. (2004).

¹⁹¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 205 a 207.

La competencia universal en materia penal, en tanto fundamento adicional de competencia, incluye la competencia de un Estado de enjuiciar a todo sospechoso y de castigarlo si se lo reconoce culpable, con independencia del lugar de la comisión de los delitos y sin perjuicio de un vínculo de nacionalidad activo o pasivo, o de otros fundamentos de competencia reconocidos por el derecho internacional¹⁹².

Por otra parte, en la resolución se señala que la jurisdicción penal universal se basa fundamentalmente en el derecho internacional consuetudinario y se ejerce en relación con delitos internacionales tipificados en el derecho internacional, como genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario, salvo que se convenga otra cosa¹⁹³. Por consiguiente, se trata de los mismos delitos respecto de los cuales se presentan además otros argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*.

73. Se afirma, en particular, que la jurisdicción universal o extraterritorial respecto de delitos internacionales graves, por un lado, y la inmunidad de los funcionarios de jurisdicción penal extranjera, por otro, son incompatibles. Lord Phillips, Lord Brown-Wikilson y Lord Hope se refirieron al asunto en la causa *Pinochet n.º 3* (en que se abordó la cuestión de la jurisdicción sobre la base de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes)¹⁹⁴. Esta opinión existe en la doctrina¹⁹⁵. También aparece reflejada en el Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de violaciones graves de los derechos humanos, elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 2000. En dicho informe se observa, en particular, que

parecería que la noción de inmunidad por responsabilidad penal por delitos de derecho internacional cometidos en el ejercicio de una capacidad oficial, se trate de funcionarios en ejercicio o de ex funcionarios, es fundamentalmente incompatible con la propuesta de que las infracciones graves a los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal¹⁹⁶.

¹⁹² «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párr. 1. En 2009, expertos de la UA y la UE propusieron la siguiente definición: «La jurisdicción universal en materia penal es la afirmación por un Estado de su competencia para juzgar infracciones penales que se habrían cometido en el territorio de otro Estado por ciudadanos de otro Estado contra ciudadanos de otro Estado, cuando la infracción alegada no constituya una amenaza directa a los intereses vitales del Estado que afirma su competencia. En otras palabras, la jurisdicción universal equivale a la reivindicación, por un Estado, del derecho de entablar juicios en circunstancias en que ninguno de los vínculos tradicionales que constituyen la territorialidad, la nacionalidad, la personalidad pasiva o el principio de competencia real (o de protección) se verifica en el momento en que se comete la infracción alegada» (informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párr. 8).

¹⁹³ «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párrs. 2 y 3, apdo. a. En el informe de expertos citado en la nota anterior se examina asimismo la extensión de la jurisdicción penal universal a esos mismos delitos y a la piratería (párr. 9). Como señala Jessberger, «la gama de delitos que podrían ser enjuiciados bajo el principio de la universidad podría, al menos en teoría, bien extenderse más allá de los delitos graves de derecho internacional» («Universal jurisdiction», pág. 556). Véase asimismo una lista no exhaustiva de obras sobre la jurisdicción universal (*ibíd.*, pág. 558).

¹⁹⁴ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 205, y primera nota.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 206, primera nota.

¹⁹⁶ Asociación de Derecho Internacional, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», pág. 416.

Debe señalarse, en cuanto a la afirmación ya citada del informe de la Asociación, que la cuestión examinada no es la de la inmunidad respecto de la *responsabilidad* penal, pues, sencillamente, tal inmunidad no existe. Como ya se ha observado, la inmunidad es sólo un obstáculo procesal a la aplicación de determinadas medidas de procedimiento penal.

74. A simple vista, la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal respecto de delitos internacionales graves aparece consagrada en la legislación de numerosos Estados. A su vez, a menudo un examen más detenido revela que dicha jurisdicción no es totalmente universal, por cuanto para ejercer jurisdicción es necesaria la existencia de algún vínculo con el Estado que la ejerce¹⁹⁷. La promulgación de esta legislación tiene por objeto, en particular, aplicar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y/o asegurar la aplicación del principio de la complementariedad. Se dan casos, ciertamente poco numerosos, en que esta legislación rechaza directamente la inmunidad de los funcionarios extranjeros¹⁹⁸. (Cabe preguntarse hasta qué punto se ajusta al derecho internacional esta legislación que rechaza el principio de inmunidad¹⁹⁹.) Aunque no en todos los casos, esta legislación en que se rechaza la inmunidad ha resistido la prueba de la práctica. En Bélgica, por ejemplo, fue enmendada, en particular, a fin de que se tuviera en cuenta la existencia de la inmunidad de

¹⁹⁷ Por ejemplo, en relación con la legislación de los Estados miembros de la Unión Africana y los de la Unión Europea, véase el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párrs. 16 a 18, y 22 a 25. Como observa Ambos (*loc. cit.*, págs. 445 y 446, nota 230), en referencia al estudio realizado por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional Comparado (véase *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Albin Eser et al. (eds.), 2003-2006), «la jurisdicción extraterritorial sobre la base de la jurisdicción universal se ve ‘prácticamente siempre limitada de una manera u otra, tanto si depende de una obligación internacional (basada en un tratado) de juzgar (en Austria, Belarús, China, Croacia, Estonia, Federación de Rusia, Grecia, Polonia, [Reino Unido:] Inglaterra y Gales) o en la presencia del sospechoso en el Estado del foro (Canadá, Croacia, España, Estados Unidos, Países Bajos, Serbia y Montenegro, Suiza). Sólo en casos excepcionales la jurisdicción universal se aplica a todos los delitos internacionales graves (Alemania, Australia, Eslovenia) o para algunos de ellos (Finlandia, Italia, Israel, Suecia)».

¹⁹⁸ En el párrafo 17 del informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) se hace referencia a por lo menos tres de esos Estados en África: la República Democrática del Congo, el Níger y Sudáfrica. El Relator Especial no tiene información sobre casos de aplicación de esa legislación y la reacción correspondiente de los Estados interesados. En Bélgica, el artículo 5, párr. 3, de la Ley relativa a la represión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de 1999 (*Moniteur Belge*, 23 de marzo de 1999) dispone que «[l]a inmunidad ligada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley». No obstante, en 2003, tras dictarse el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), se enmendó dicha ley. El nuevo párrafo 3 del artículo 5 estipula que «[l]a inmunidad internacional ligada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley, dentro de los límites establecidos por el derecho internacional» (véase Pierre d'Argent, «Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003», *jura falconis*, jg 40, 2003-2004, n.º 1, pág. 73). Ese mismo año volvió a enmendarse la ley, y sus disposiciones fueron incluidas en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. El artículo 1 *bis* del Código de Procedimiento Penal estipula en su parte pertinente: «Conforme al derecho internacional, se excluyen los enjuiciamientos respecto de: jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores extranjeros, durante el período en que ejercen sus funciones, así como otras personas cuya inmunidad es reconocida por el derecho internacional; personas que gozan de una inmunidad, total o parcial, fundada en un tratado vinculante para Bélgica».

¹⁹⁹ Véase la nota precedente.

los funcionarios extranjeros de conformidad con el derecho internacional. La inmunidad de que gozan los funcionarios conforme al derecho internacional es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal internacional no sólo en la legislación belga, sino también en la legislación de varios otros Estados²⁰⁰.

75. Anteriormente se examinaron varias causas penales nacionales derivadas del ejercicio de la jurisdicción penal universal o extraterritorial y que se citan en apoyo de la idea de la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que prevé excepciones a la inmunidad. En el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal se hace referencia a una serie de casos en los que se ha ejercido la jurisdicción penal universal respecto de funcionarios extranjeros²⁰¹. Algunos de esos casos implicaron a personas que gozaban de inmunidad personal, mientras que otros implicaron a personas que disfrutaban de inmunidad funcional (incluidos jefes de Estado y de gobierno, ministros de relaciones exteriores, ministros de defensa, entre otros ministros, y exfuncionarios). En el informe se observa:

Esos procedimientos corrieron suertes diversas: algunos obtuvieron condenas, pero la mayoría no lograron resultados por distintos motivos, en especial el reconocimiento de inmunidades acordadas por el derecho internacional²⁰².

76. Es evidente que los intentos de ejercer la jurisdicción penal universal, en la gran mayoría de los casos, tienen lugar en países en desarrollo respecto de funcionarios en ejercicio o exfuncionarios de países desarrollados. Estos últimos no perciben esos intentos como actos de administración de justicia, sino como un instrumento político para zanjar diversas cuestiones y como una manifestación de una política de doble rasero, que redundará menos en los resultados perseguidos por la administración de justicia que en dificultades en las relaciones entre los Estados²⁰³. Precisamente esta situación condujo al diálogo entre la UA y la UE sobre la cuestión de la jurisdicción universal, uno de cuyos resultados ha sido el informe citado. En una de las recomendaciones de ese informe se señala:

Las autoridades judiciales nacionales competentes en materia penal que consideran ejercer la jurisdicción universal con respecto a personas sospechadas de haber cometido delitos graves de carácter internacional tienen la obligación jurídica de tener en cuenta las inmunidades de que pudieren gozar los responsables de los Estados extranjeros en virtud del derecho internacional y por consecuencia tienen la

²⁰⁰ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párrs. 18 y 25. La orden de detención europea de 2002, cuyo ámbito de acción abarca, entre otros, delitos a los que se extiende la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, también contiene un artículo sobre prerrogativas e inmunidades y la renuncia a éstas (Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), art. 20 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 190/1, 18 de julio de 2002, pág. 8)). Igualmente, en la legislación de la Federación de Rusia se prevé directamente la inmunidad de los funcionarios de los Estados extranjeros respecto de actuaciones penales (art. 3, párr. 2, del Código de Procedimiento Penal). Véase el párrafo 38 del informe preliminar (nota 4 *supra*).

²⁰¹ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párrs. 24 y 26.

²⁰² *Ibid.*, párr. 26.

²⁰³ Véase, por ejemplo, *ibid.*, secc. IV.1 (Préoccupations de l'Afrique), párrs. 33 a 38, así como las notas 14 y 192 *supra*; Ambos, *loc. cit.*, págs. 444 y 445.

obligación de abstenerse de enjuiciar a los responsables que gocen de tales inmunidades²⁰⁴.

Esta recomendación elude la cuestión de si se mantiene o no la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario sobre el que se ejerza jurisdicción penal extranjera. No obstante, ni el contenido del informe, en que se resumen la práctica y las preocupaciones de numerosos Estados africanos y europeos, ni la recomendación citada son prueba de que la jurisdicción penal universal excluye ese tipo de inmunidad.

77. Si se parte de la idea de que la inmunidad es incompatible con la jurisdicción universal, entonces no está totalmente claro por qué ello vale sólo para la inmunidad funcional y no, además, para la inmunidad personal. Al examinar la relación entre la jurisdicción universal y la inmunidad en general o solamente la inmunidad *ratione materiae*, cabe recordar la posición de la CIJ a ese respecto en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, ya citada en el informe preliminar²⁰⁵, pero que también resulta importante en este contexto:

[L]as reglas que rigen la jurisdicción de los tribunales nacionales deben distinguirse cuidadosamente de las que rigen las inmunidades jurisdiccionales: la jurisdicción no implica ausencia de inmunidad, y la ausencia de inmunidad no implica jurisdicción. De ese modo, si bien diversas convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos delitos graves imponen a los Estados obligaciones relativas a enjuiciamiento y extradición, con lo cual les exigen que extiendan su jurisdicción penal, esa extensión de la jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades derivadas del derecho internacional consuetudinario [...]. Dichas inmunidades pueden seguirse invocando ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan una jurisdicción de esa índole en virtud de las convenciones mencionadas²⁰⁶.

78. Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, al parecer no existen argumentos suficientes que justifiquen de manera convincente las excepciones a la inmunidad examinadas. Al menos, el Instituto de Derecho Internacional, en una resolución sobre la jurisdicción penal universal respecto del delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, aprobada en 2005 (es decir, cuatro años después de aprobar su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, en la que el Instituto denegó a exjefes de Estado y de gobierno inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción extranjera en caso de cometer delitos graves de derecho internacional)²⁰⁷, se limitó a afirmar lo siguiente en el párrafo final de la resolución:

²⁰⁴ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párr. 46, R8.

²⁰⁵ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 61.

²⁰⁶ *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59.

²⁰⁷ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», arts. 13 y 16. El artículo 13 dispone lo siguiente:

«1. Todo jefe de Estado que ya no esté en funciones no se beneficia de ninguna inviolabilidad en el territorio de un Estado extranjero.

2. No se beneficia de ninguna inmunidad de jurisdicción, tanto en materia penal como en materia civil o administrativa, excepto cuando se lo enjuicie por actos cometidos durante sus funciones y que forman parte de su ejercicio. Sin embargo, puede ser enjuiciado cuando los actos que se le imputen personalmente constituyan un delito de derecho internacional, cuando se hayan cometido principalmente para satisfacer un interés personal o cuando constituyan una apropiación fraudulenta de haberes o recursos del Estado.

Las disposiciones precedentes son sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el derecho internacional²⁰⁸.

79. El argumento examinado para fundamentar las excepciones a la inmunidad sobre la base de la jurisdicción universal es similar a otro, si bien menos generalizado, según el cual la inmunidad no se aplica si, respecto de un crimen presuntamente perpetrado por un funcionario extranjero, se aplica el principio *aut dedere aut judicare*. En el memorando de la Secretaría se observa que esa posición fue apoyada por Lord Saville de Newdigate en la causa *Pinochet n.º 3*²⁰⁹. En el informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, se habló de la inmunidad como uno de los obstáculos al funcionamiento eficaz de los sistemas de enjuiciamiento, que no son apropiados para los delitos de derecho internacional²¹⁰. Al mismo tiempo, al examinarse este tema en la Sexta Comisión se observó que el cumplimiento de esa obligación «no debía menoscabar [...] la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado»²¹¹. El Relator Especial no tiene pruebas de ninguna práctica generalizada entre los Estados, incluida la práctica judicial, o su *opinio juris*, que pueda confirmar la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal extranjera sobre esos funcionarios en virtud de la norma *aut dedere aut judicare*. Parece plenamente convincente la posición de la CIJ, que se presentó más arriba (párr. 77) en el contexto de la cuestión de la jurisdicción universal, y que se formuló en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, no sólo en lo que respecta a la relación entre inmunidad y jurisdicción universal, sino también a la obligación *aut dedere aut judicare*.

80. En la práctica, para justificar las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera, cuando ésta se ejerce respecto de delitos graves de derecho internacional, se suele recurrir a varios de los argumentos antes mencionados, posiblemente teniendo en cuenta que ninguno de ellos está lejos de ser incuestionable. Además, los partidarios de las excepciones no siempre se ponen de acuerdo sobre la pertinencia de uno u otro criterio. Numerosos juristas y ONG continúan planteando la cuestión de las excepciones

3. No se beneficia de ninguna inmunidad de ejecución.»

De conformidad con el artículo 16, el artículo 13 se aplica a exjefes de gobierno.

²⁰⁸ Instituto de Derecho Internacional, «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párr. 6.

²⁰⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 259. Lord Saville de Newdigate observó, en particular, lo siguiente: «En lo tocante a los Estados que son partes en la Convención, no puedo ver cómo, en lo que se refiere a la tortura, podría existir esa inmunidad de manera compatible con las expresiones de dicha Convención. Cada uno de los Estados parte ha convenido en que los demás Estados partes puedan ejercer su jurisdicción respecto de los funcionarios supuestamente torturadores que se encuentren dentro de sus territorios, extraditándolos o remitiéndolos a sus propias autoridades competentes para que los enjuicien; y entonces a mi parecer difícilmente se puede alegar simultáneamente una inmunidad de extradición o enjuiciamiento que necesariamente se funda en la naturaleza oficial de la supuesta tortura».

²¹⁰ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), pág. 283, documento A/CN.4/571, párr. 14.

²¹¹ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones (A/CN.4/588), párr. 161.

a la inmunidad *ratione materiae* en casos de delitos graves de derecho internacional. Esta posición quedó reflejada en dos resoluciones del Instituto de Derecho Internacional. Como ya se recordó, la resolución de 2001, en sus artículos 13 y 16, prevé esas excepciones en relación con exjefes de Estado y de gobierno. En la resolución relativa a la inmunidad de jurisdicción, en caso de delitos internacionales, de los Estados y las personas que actúan en nombre del Estado, aprobada por el Instituto en 2009, se señala que, de conformidad con el derecho internacional, las personas que actúan en nombre del Estado no gozan de ninguna inmunidad que no sea la inmunidad personal respecto de delitos internacionales, y que cuando esas personas cesan en el cargo o terminan la misión en virtud de los cuales disfrutaban de inmunidad personal, dicha inmunidad deja de existir²¹². Sin embargo, como se puede ver, esta opinión no sólo no prevalece en la doctrina, sino que tampoco parece influir de forma determinante en la práctica ni en las posiciones de los Estados.

81. Una cuestión que constituye un caso aparte es la ausencia de inmunidad *ratione materiae* cuando se comete un delito en el territorio del Estado que ejerza jurisdicción²¹³. En este caso no se trata necesariamente de delitos internacionales graves. Otro factor que, hipotéticamente, podría intervenir en favor de la prioridad de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se haya perpetrado un delito respecto de la inmunidad sería el hecho de que, de conformidad con el principio de la soberanía, el Estado posee poder y jurisdicción absolutos y supremos sobre su propio territorio. No obstante, no se debe olvidar que esta supremacía se ejerce teniendo en cuenta las excepciones establecidas por el derecho internacional y, en particular, la inmunidad de un Estado extranjero y sus funcionarios²¹⁴.

82. Como se señala en el memorando de la Secretaría:

Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a

²¹² «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», art. III. Este artículo dispone lo siguiente:

«Artículo III: Inmunidades de las personas que actúan en nombre de un Estado

1. Ninguna inmunidad es aplicable en el caso de los delitos internacionales, excepto la inmunidad personal de que gozaría un individuo en virtud del derecho internacional.

2. La inmunidad personal cesa al finalizar el período de las funciones o la misión de su beneficiario.»

Al mismo tiempo, de conformidad con el artículo IV de esta resolución, las disposiciones anteriores «no prejuzgan la existencia ni las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que este Estado, llegado el caso, puede hacer valer ante los tribunales de otro Estado».

²¹³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 162 a 165. Para un análisis del problema de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil de un Estado en cuyo territorio se haya realizado una actividad como resultado de la cual se hubieran infligido daños, véase, por ejemplo, Yang, «State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions».

²¹⁴ Véase el Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, cuyo artículo 2 dispone: «Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional» (*La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6), Nueva York, 2005, pág. 278).

considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no²¹⁵.

Algo que puede ser de importancia es el consentimiento del Estado receptor no sólo respecto del desempeño de las funciones, sino también de la propia presencia del funcionario extranjero en su territorio. En el contexto del tema aquí examinado es posible distinguir varios tipos de situación²¹⁶. Por ejemplo, un funcionario extranjero con el consentimiento del Estado que ejerce jurisdicción puede permanecer en el territorio de ese Estado y llevar a cabo la actividad que dio lugar a la comisión de un delito. Por otro lado, puede darse una situación análoga pero con la diferencia de que el Estado receptor no haya dado su consentimiento para realizar la actividad que dio lugar a la comisión de un delito. Por último, existen situaciones en que tanto la actividad como la propia presencia del funcionario extranjero en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción tienen lugar sin el consentimiento de ese Estado.

83. En lo que respecta al primer tipo de situación, no parece plantearse ningún problema en particular. El Estado en cuyo territorio se cometió el presunto delito dio de antemano su consentimiento para que el funcionario, mientras permaneciera y cumpliera funciones en su territorio, gozara de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial. Por ejemplo, si un funcionario extranjero que hubiera llegado a un Estado para participar en negociaciones cometiera, al dirigirse al lugar de las negociaciones, una infracción de las reglas del tránsito que conllevara responsabilidad penal en dicho Estado, cabe suponer que dicho funcionario gozaría de inmunidad.

84. En la segunda situación, la cuestión es determinar si existe inmunidad en los casos en que el ámbito de actividad del funcionario se ha definido de antemano y el Estado receptor ha dado su consentimiento para que se realice dicha actividad pero no la actividad que dio lugar a la comisión del delito. Por ejemplo, si el funcionario viniera a participar en negociaciones sobre agricultura pero al margen de esas negociaciones realizara actos de espionaje o terrorismo, se plantearían dudas acerca de si dicho funcionario disfruta de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor en relación con esos actos ilícitos. Ahora bien, en este caso lo importante es establecer hasta qué punto la actividad que dio lugar a la comisión del delito está relacionada con la actividad para la cual dio su consentimiento el Estado receptor. En esta situación, por un lado, los actos del funcionario son de carácter oficial, se atribuyen al Estado a cuyo servicio trabaja (o trabajó) esa persona y, por lo tanto, existen razones para plantear la cuestión de la inmunidad de esa persona, sobre la base de la soberanía de ese Estado. Por otro lado, ese Estado, en la persona de su funcionario, realizó actividades en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último a tal efecto, es decir, en violación de la soberanía de este último Estado²¹⁷.

²¹⁵ Párr. 163.

²¹⁶ Debe subrayarse que el Relator Especial se está refiriendo sólo a la inmunidad *ratione materiae*. Las inmunidades de los funcionarios consulares y del personal de las misiones especiales no forman parte de este tema, si bien podría ser útil establecer determinadas analogías.

²¹⁷ A juicio de van Alebeek (*op. cit.*, pág. 129), a la hora de evaluar una situación en la que esté en juego la inmunidad de un funcionario

85. Si el Estado no hubiera dado su consentimiento a la presencia de un funcionario extranjero y a la actividad que dio lugar a la comisión de un delito en su territorio, cabría suponer que existirían razones suficientes para que el funcionario no disfrutara de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción de ese Estado. En la situación examinada en los párrafos anteriores, el Estado, al haber consentido la presencia y la actividad de un funcionario extranjero en su territorio, consintió de antemano la inmunidad de esa persona, en relación con sus funciones oficiales. Si, en cambio, no se hubiese dado tal consentimiento y la persona no sólo hubiera actuado ilícitamente, sino además permanecido ilícitamente en el territorio de ese Estado, sería muy difícil hacer valer su inmunidad. El espionaje, los actos de sabotaje y el secuestro de personas, entre otros, son ejemplos de este tipo de situación. En las actuaciones judiciales relativas a casos de ese tipo, la inmunidad o bien se ha invocado pero no se ha tenido en cuenta²¹⁸, o ni siquiera se ha afirmado²¹⁹. Cabe también observar que en causas como *Distomo*²²⁰ y *Ferrini*²²¹, en las que los tribunales griegos e italianos no reconocieron la inmunidad de Alemania respecto de la jurisdicción de Italia, se juzgaron delitos cometidos en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²². El fallo dictado en la causa *Bouzari*, en la que un tribunal canadiense reconoció la inmunidad a pesar del hecho de que la tortura estaba prohibida por una norma imperativa, contiene pasajes de los que se podría concluir, de interpretarlos *a contrario*, que el fallo habría podido ser otro si la tortura se hubiera cometido en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²³.

86. Las situaciones examinadas pueden ocurrir con cualquier funcionario de Estado, incluido el personal militar.

extranjero, es importante determinar si sus actos son de por sí penalmente sancionables según las leyes del Estado en cuyo territorio se realizaron («Si se pide que un funcionario oficial del Estado rinda cuentas, depende de si se trata de un acto particular que de hecho constituye una violación de la legislación nacional del Estado cuya soberanía territorial ha sido violada o si sólo fue violada una norma interestatal»). Véanse también los ejemplos citados por la autora de fallos de tribunales nacionales en casos de funcionarios extranjeros que cometieron delitos en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción.

²¹⁸ Véase el caso de los agentes de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos arrestados en Italia tras ser acusados de secuestrar a una persona en 2003 (memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), primera nota del párrafo 163).

²¹⁹ Por ejemplo, la causa *Rainbow Warrior* (ibíd., nota del párrafo 162). Se puede dar la circunstancia, no obstante, de que un funcionario, en el desempeño de sus funciones oficiales, se encuentre en el territorio de un Estado extranjero sin su consentimiento, aunque no premeditadamente. La única actividad penalmente sancionable del funcionario en ese caso es el cruce ilegal de la frontera. Cabe suponer que en esa situación existirían fundamentos para plantear la cuestión de la inmunidad. Por ejemplo, en 2005, durante la realización de maniobras, un avión militar ruso penetró involuntariamente en el espacio aéreo de Lituania y se estrelló, tras lo cual se iniciaron en ese país actuaciones penales contra el piloto, que había sobrevivido. La Federación de Rusia planteó la cuestión de si el piloto, que había ingresado accidentalmente en el territorio de un Estado extranjero en el desempeño de sus funciones, disfrutaba de inmunidad respecto de la jurisdicción de ese Estado (véanse las declaraciones formuladas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia el 19 de septiembre de 2005 en relación con ese caso, disponibles en www.mid.ru/brp_4.nsf/).

²²⁰ *Prefectura de Voioitia c. Alemania* (nota 141 *supra*).

²²¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania* (nota 141 *supra*).

²²² En la doctrina se ha expresado la opinión de que fue precisamente por esta circunstancia que no se reconoció la inmunidad de Alemania en esas causas (véase Yang, «*Jus cogens and State Immunity*», págs. 164 a 169).

²²³ Por ejemplo *Bouzari v. Iran* (véase la nota 153 *supra*), párr. 63.

Además, la cuestión del procesamiento penal y la inmunidad del personal militar por delitos cometidos durante un conflicto armado en el territorio de un Estado que ejercía jurisdicción parece estar regulada, en primer lugar, por el derecho humanitario, y representa un caso especial que no debe analizarse en el marco del presente tema.

87. En la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 se afirma que un exjefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) puede ser objeto de enjuiciamiento penal cuando sus actos «se hayan cometido principalmente para satisfacer un interés personal o cuando constituyan una apropiación fraudulenta de haberes o recursos del Estado»²²⁴. Dos otros casos en los que un exjefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) no gozan de inmunidad *ratione materiae* se han añadido, por tanto, a la situación relacionada con la comisión de los delitos internacionales más graves. Así, a juicio de los autores de la resolución, incluso un funcionario que goce de inmunidad personal y actúe en ejercicio de sus funciones oficiales con fines de enriquecimiento personal perdería, al dejar de cumplir con su deber, la protección que le otorga la inmunidad *ratione materiae*. Distintos autores han expresado una opinión análoga en la doctrina, en relación con métodos similares de enriquecimiento personal en el ejercicio de funciones oficiales²²⁵. Si esas actividades propias de un funcionario no se consideraran oficiales, podría entenderse esa opinión. Sin embargo, por cuanto se sigue atribuyendo carácter oficial a esas actividades de un funcionario y, consecuentemente, de un Estado, surgen determinadas dudas acerca del fundamento de esa posición. Se ha consagrado toda una serie de tratados internacionales a la lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios²²⁶. En esos tratados se tipifican como delitos esos actos realizados por funcionarios (incluidos los que pueden llevarse a cabo sólo con la ayuda de una función o cargo oficiales) y se especifican las obligaciones y los derechos de los Estados en cuanto al establecimiento y ejercicio de la jurisdicción penal respecto de tales actos realizados por funcionarios. En algunos tratados no se aborda la cuestión de la inmunidad de los funcionarios extranjeros respecto de la jurisdicción penal²²⁷. En otros tratados se incluyen cláusulas en las que se estipula que sus disposiciones no deben aplicarse en detrimento de las disposiciones de otros tratados internacionales en lo que respecta a la renuncia de la inmunidad de esas personas²²⁸. Al parecer, la manera más simple de zanjar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera en caso de cometer delitos con fines de enriquecimiento

²²⁴ Véase la nota 207 *supra*.

²²⁵ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 211.

²²⁶ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, y la Convención para prevenir y combatir la corrupción, de la OUA.

²²⁷ Al mismo tiempo, se encuentran disposiciones relativas a la inmunidad de los propios funcionarios de un Estado (véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el párrafo 5 del artículo 9 de la Convención para prevenir y combatir la corrupción, de la OUA).

²²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 16 del Convenio de derecho penal sobre la corrupción; y el párrafo 4 del artículo 4 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

personal sería incluir las disposiciones adecuadas en un tratado internacional dedicado a combatir esos delitos. Esto, sin embargo, no ha ocurrido, a menos, desde luego, que se considere que en esos tratados se dispone la renuncia implícita a la inmunidad.

88. Es probable que para zanjar la cuestión de si en los casos examinados un funcionario goza de inmunidad respecto de jurisdicción penal extranjera sea, no obstante, necesario examinar en cada caso concreto la cuestión de si el acto que condujo al enriquecimiento ilícito, por ejemplo, fue un acto realizado por esa persona en el ejercicio de sus funciones oficiales o a título personal. Se sabe de situaciones en las que se ejerció jurisdicción extranjera respecto de delitos de esa índole y en las que el Estado no se pronunció sobre la inmunidad de su propio funcionario. Tal fue el caso, por ejemplo, en la causa *Marcos*, seguida en los Estados Unidos contra el ex Presidente de Filipinas²²⁹. Al tiempo que en la causa *Adamov*, seguida contra el ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, la cuestión de su extradición a los Estados Unidos o a la Federación de Rusia fue examinada por el Tribunal Federal de Suiza, la Federación de Rusia invocó la inmunidad de su exfuncionario respecto de la jurisdicción penal de los Estados Unidos y observó, entre otras cosas, que el enriquecimiento ilícito del que se acusaba a Adamov había tenido lugar en la Federación de Rusia como resultado de sus actividades oficiales (abuso de cargo)²³⁰.

89. Lo antes expuesto no permite afirmar que las disposiciones de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 anteriormente citadas reflejan una norma de derecho internacional consuetudinario²³¹. Al mismo tiempo, la inmunidad *ratione materiae* no parece proteger a un funcionario contra las actuaciones penales de un

²²⁹ En el fallo en la causa *Marcos* (Suiza, Tribunal Federal, 2 de noviembre de 1989 (ATF 115 Ib 496 consid. 5 b; en Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1990», pág. 533; véase también ILR, vol. 102, pág. 198), el Tribunal Federal de Suiza no se detuvo a hacer un análisis detallado de la naturaleza de la actividad de esa persona, una vez establecido que el encausado no gozaba de inmunidad en virtud del hecho de que Filipinas se había negado a reconocer el carácter oficial de esa actividad. En el fallo sobre esta causa en los Estados Unidos (*In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d, pág. 1111; véase también ILR, vol. 81, pág. 599) se produjo una situación similar: el Gobierno de Filipinas informó al Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el marco de esta causa, de la renuncia a la inmunidad de Marcos. En la causa *United States v. Noriega and Others* (117 F.3d 1206; véase también ILR, vol. 99, págs. 145 y el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 211 y última nota a ese párrafo), un tribunal de los Estados Unidos denegó la inmunidad a Manuel Noriega, exjefe de Estado de Panamá, sobre la base de que el Gobierno de los Estados Unidos no había reconocido la inmunidad de Noriega como jefe de Estado en el momento en que éste había realizado los actos correspondientes. Panamá no afirmó la inmunidad de Noriega. En otras palabras, en este caso la naturaleza de los actos realizados por el encausado no fue un factor determinante. Si el poder ejecutivo de los Estados Unidos hubiera reconocido la legitimidad de la autoridad de Noriega, evidentemente también se habría reconocido su inmunidad. Véase por ejemplo, Heidi Altman, «The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon», 2002, pág. 6, disponible en www.scribd.com.

²³⁰ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, párr. 3.4.2; véanse también las declaraciones de 18 de mayo de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia (www.mid.ru).

²³¹ Véase la opinión de Hazel Fox citada en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) (párr. 209), de que la cuestión estriba en que esas disposiciones del artículo 13 de la resolución están redactadas *de lege ferenda*.

Estado soberano en relación con sus activos personales (por ejemplo, fondos depositados en bancos extranjeros) en el marco de procedimientos penales incoados en relación con un presunto delito cometido por ese funcionario con fines de enriquecimiento personal. Tales actuaciones no pueden interpretarse como restricciones al desempeño de sus funciones oficiales.

3. CONCLUSIONES SOBRE LAS EXCEPCIONES

90. A juicio del Relator Especial, lo antes expuesto demuestra que, de examinarse detenidamente, los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes. Esos argumentos continúan siendo objeto de debate en la doctrina. La práctica de los Estados está lejos de ser uniforme en ese sentido. El fallo en la causa *Pinochet* impulsó el debate sobre esta cuestión pero no condujo al establecimiento de una práctica jurídica homogénea. Al respecto, es difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional, así como tampoco se puede afirmar de manera definitiva que existe una tendencia al establecimiento de esa norma. En este sentido, constituye un caso aparte la situación en que el Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito ejerce jurisdicción penal y que no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad.

91. Cabe preguntarse hasta qué punto es deseable establecer nuevas restricciones a la inmunidad *de lege ferenda*. A ese respecto, deben recordarse algunas de las recomendaciones, incluidas las anteriormente citadas, contenidas en el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal:

R6. Cuando ejercen la competencia universal sobre delitos graves de alcance internacional [...], los Estados deben tener presente que es necesario evitar poner en peligro las relaciones amistosas entre los Estados. [...]

R8. Las autoridades judiciales nacionales competentes en materia penal que consideran ejercer la jurisdicción universal con respecto a personas sospechadas de haber cometido delitos graves de carácter internacional tienen la obligación jurídica de tener en cuenta las inmunidades de que pudieren gozar los responsables de los Estados extranjeros en virtud del derecho internacional y por consecuencia tienen la obligación de abstenerse de enjuiciar a los responsables que gocen de tales inmunidades²³².

92. Resulta discutible, además, que establecer tales excepciones en el derecho internacional general y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la jurisdicción penal nacional sobre los funcionarios extranjeros sea deseable para los fines de la lucha contra la impunidad, como complemento de la jurisdicción penal internacional o de la jurisdicción del Estado a cuyo servicio se encuentra (o se encontraba) el funcionario, si ese Estado no enjuiciara a dicho funcionario²³³. La legislación de

²³² Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párr. 46, R6 y R8.

²³³ Véanse las intervenciones del Sr. McRae (*Anuario...* 2008, vol. I, 2984.ª sesión, párr. 19), la Sra. Jacobsson (ibíd., 2985.ª sesión, págs. 5 y 6), y el Sr. y Vargas-Carreño (ibíd., 2987.ª sesión, párr. 17).

algunos países contempla este tipo de ejercicio subsidiario de la jurisdicción penal²³⁴. Sin embargo, la posibilidad de ejercer jurisdicción, prevista en la legislación, no significa, como se desprende de lo antes dicho, que se deban establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros.

93. Otra cosa es que los Estados están en su incuestionable derecho de establecer restricciones a la inmunidad de sus funcionarios en relación con sus respectivas jurisdicciones extranjeras mediante la concertación de tratados internacionales²³⁵. En ese sentido, la Comisión podría examinar, junto con la codificación del derecho internacional consuetudinario actualmente vigente, la posibilidad de redactar un protocolo facultativo o cláusulas modelo sobre las restricciones o las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera.

G. Resumen

94. A manera de resumen del contenido del presente informe, cabe formular, en particular, las siguientes consideraciones:

a) En general, la inmunidad de los funcionarios de Estado, y la inmunidad del propio Estado, respecto de la jurisdicción penal extranjera es una norma de carácter general, mientras que la ausencia de inmunidad en cualquier caso particular constituye una excepción a esa norma;

b) Los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad en relación con los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales, por cuanto esos actos son actos del Estado al que esos funcionarios sirven;

c) No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente existan razones para afirmar que un acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, se atribuye a ese Estado y se considera como un acto del Estado, al tiempo que a los efectos de la

inmunidad respecto de la jurisdicción ese mismo acto deja de atribuirse al Estado y se considera solamente un acto del funcionario. La cuestión relativa a la definición del carácter del comportamiento de un funcionario —oficial o personal— y, consecuentemente, a la atribución de ese comportamiento al Estado, deberá, por lógica, examinarse primero que la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de ese comportamiento;

d) La atribución de carácter oficial al comportamiento de un funcionario no depende de los motivos de esa persona o del contenido de su comportamiento. Lo que importa es el hecho de que el funcionario actúa en esa capacidad. Es necesario diferenciar entre el concepto de «acto de un funcionario en cuanto tal», es decir, de «acto oficial», y el concepto de «acto comprendido en sus funciones oficiales». El primero es un concepto más amplio y abarca el segundo;

e) No son iguales el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de sus funcionarios, a pesar de que en esencia se trata de una misma inmunidad. Un funcionario que realice un acto comercial disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera si ese acto se atribuye al Estado;

f) La inmunidad *ratione materiae* es extensiva a los actos *ultra vires* de los funcionarios, así como a sus actos ilícitos;

g) La inmunidad *ratione materiae* no es extensiva a los actos realizados por un funcionario antes de asumir su cargo; un exfuncionario disfruta de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados por ese funcionario durante el tiempo en que ejerció las funciones oficiales de su cargo;

h) En la inmunidad *ratione materiae* difícilmente puede influir el carácter de la estancia de un funcionario o ex funcionario en un país extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Evidentemente, independientemente de que se encuentre en el extranjero en visita oficial o a título personal, dicho funcionario disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos realizados en ejercicio de su cargo;

i) La inmunidad *ratione personae*, de la que goza una categoría reducida de altos funcionarios del Estado, es extensiva a los actos ilícitos realizados por un funcionario, tanto en el desempeño de sus funciones oficiales como a título personal, incluidos los actos realizados antes de asumir su cargo. Esto se conoce como inmunidad absoluta;

j) La inmunidad personal que está ligada al ejercicio de determinados altos cargos es de carácter temporal y deja de existir cuando la persona cesa en su cargo. La inmunidad *ratione personae* no es afectada ni por el hecho de que los actos respecto de los cuales se ejerza jurisdicción hayan sido realizados al margen de las funciones oficiales del funcionario ni por la índole de su estancia en un país extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce jurisdicción;

k) El alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios en ejercicio varía

²³⁴ Véase Ambos, *loc. cit.*, págs. 414, 423 y 440.

²³⁵ El artículo 12 del Protocolo para la prevención y la sanción del delito de genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y todas las formas de discriminación (aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos el 29 de noviembre de 2006) se refiere a la aplicación a «autoridades oficiales» de sus disposiciones relativas a la lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Esas disposiciones «se deben aplicar igualmente a todas las personas sospechadas de haber cometido infracciones a las que se aplica el presente Protocolo, cualesquiera sea la condición jurídica de esas personas. En particular, la condición oficial del jefe de Estado, de gobierno, o de un miembro oficial de un gobierno o parlamento, o un representante o agente elegido del Estado no servirá en modo alguno como protección o barrera de su responsabilidad penal». Es posible que las partes en el Protocolo consideren que este artículo excluye la inmunidad de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal de cualquiera de las partes, a pesar de que en el Protocolo no se habla directamente de restricción o exclusión de la inmunidad (desafortunadamente, el Relator Especial no tiene conocimiento de la aplicación en la práctica de la citada disposición del Protocolo por los tribunales de los Estados partes).

dependiendo de la categoría del cargo que desempeñen. Todo funcionario en ejercicio goza de inmunidad respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Solamente algunos altos funcionarios en ejercicio disfrutan de inmunidad también respecto de actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los exfuncionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo exfuncionario disfruta de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial durante su permanencia en el cargo;

l) A un funcionario extranjero contra quien se hayan presentado cargos (como presunto autor de un delito, o persona sospechosa, entre otros) no se le pueden aplicar medidas de procedimiento penal de carácter restrictivo que interfieran con el desempeño de sus funciones al imponerle una obligación jurídica, cuando esa persona disfruta de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, siempre que las medidas del caso estén relacionadas con un delito cometido por el funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales. Tales medidas no se pueden aplicar en relación con ningún funcionario extranjero que intervenga en las actuaciones penales en calidad de testigo si esa persona disfruta de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, si la causa en cuestión entraña la comparecencia de esa persona para prestar testimonio respecto de actos realizados por ella misma, o respecto de actos de los que el funcionario en cuestión tomó conocimiento como resultado del cumplimiento de sus funciones oficiales;

m) La inmunidad existe tanto mientras el funcionario permanezca en el extranjero como mientras el funcionario permanezca en el territorio del Estado a cuyo servicio

se encuentra o se encontraba. Las medidas de procedimiento penal que impongan una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de ese funcionario, independientemente de que esa persona se encuentre en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La obligación de adoptar tales medidas contra un funcionario extranjero se contraviene desde el momento en que se adopta una medida, y no sólo cuando el funcionario contra el cual se haya adoptado esa medida se encuentre en el extranjero;

n) Los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes;

o) Resulta difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una norma establecida en el derecho internacional consuetudinario, del mismo modo que no se puede afirmar de manera definitiva que exista una tendencia al establecimiento de esa norma;

p) Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad²³⁶.

²³⁶ El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musikhin por la ayuda prestada en la preparación de este informe.

CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[Tema 15 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/623

Nota de la Secretaría

[Original: inglés]
[15 de marzo de 2010]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....		462
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN.....	1-2	463
<i>Capítulo</i>		
I. TEMAS RELACIONADOS CON LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, FINALIZADOS O YA CONSIDERADOS PARA SU POSIBLE ESTUDIO EN EL FUTURO POR LA COMISIÓN.....	3-13	463
A. Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, 1958.....	4-8	463
B. Temas relacionados con la solución de controversias ya examinados, para su posible estudio en el futuro por la Comisión.....	9-13	464
1. Examen del «arreglo pacífico de las controversias internacionales» como posible tema para codificación en 1949.....	9	464
2. Examen por la Comisión del tema de la solución pacífica de controversias, sobre la base del <i>Examen d'ensemble du droit international</i> preparado por el Secretario General en 1971.....	10-12	464
3. Temas relacionados con la solución de controversias considerados en 1996 como posibles temas futuros del programa de trabajo a largo plazo.....	13	465
II. PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	14-66	465
A. Cláusulas de solución de controversias incluidas en proyectos aprobados por la Comisión.....	15-44	466
1. Proyecto de Convención para la Reducción de la Apatridia en el Porvenir y Proyecto de Convención para la Supresión de la Apatridia en el Porvenir, 1954.....	16-18	466
2. Artículos referentes al derecho del mar, 1956.....	19-23	466
3. Proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, 1958.....	24-26	467
4. Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, 1966.....	27-29	467
5. Proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, 1971.....	30-32	468
6. Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, 1972.....	33-35	468
7. Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, 1982.....	36-39	468
8. Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, 1994.....	40-42	469
9. Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, 2001.....	43-44	470
B. Cláusulas de solución de controversias examinadas pero no incluidas en los proyectos aprobados por la Comisión.....	45-66	470
1. Proyectos de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, 1974.....	46-48	470
2. Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, 1978.....	49	471
3. Proyecto de artículos sobre sucesión de los Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, 1981.....	50-51	471
4. Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y proyectos de protocolos facultativos, 1989.....	52-53	471

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5. Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 1991.....	54-56	472
6. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001 .	57-62	472
7. Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, 2006.....	63	474
8. Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, 2008.....	64-66	474
III. PRÁCTICA RECIENTE DE LA ASAMBLEA GENERAL EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	67-69	474

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 559, n.º 8164, pág. 307.
Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6466, pág. 177.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7312, pág. 254.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico 1975</i> (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1946, n.º 33356, pág. 125.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico 1983</i> (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49</i> , vol. III, resolución 51/229, anexo.
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2178, n.º 38349, pág. 267.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2225, n.º 39574, pág. 209.
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2237, n.º 39574, pág. 319.
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2241, n.º 39574, pág. 480.
Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2326, n.º 39574, pág. 211.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.

Fuente

Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.</i>
Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2445, n.º 44004, pág. 89.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	A/RES/61/177.

Introducción

1. En su 61.º período de sesiones, en 2009, la Comisión de Derecho Internacional decidió que en su 62.º período de sesiones dedicaría, en relación con el tema del programa «Otros asuntos», al menos una sesión a un debate sobre «Las cláusulas de solución de controversias». A ese respecto, la Comisión pidió a la Secretaría «que preparara una nota sobre la historia y la práctica anterior de la Comisión en relación con esas cláusulas, teniendo en cuenta la práctica reciente de la Asamblea General»¹. La presente nota se ha preparado de conformidad con esa petición.

2. La presente nota se divide en tres capítulos. El capítulo I contiene un examen general de la historia del estudio, por la Comisión, de temas relacionados con la solución de controversias. El capítulo II contiene detalles

sobre la práctica seguida por la Comisión en relación con las cláusulas de solución de controversias. Se examinan en primer lugar las cláusulas pertinentes que se han incluido en proyectos de artículos aprobados por la Comisión; seguidamente se consideran otros proyectos de artículos en los que la inclusión de esas cláusulas, aunque se debatió a fondo, en definitiva no se aprobó. Respecto de cada proyecto de artículos se proporciona una breve descripción de los factores considerados por la Comisión al decidir la inclusión o no inclusión de cláusulas de solución de controversias y, si corresponde, de las cláusulas de solución de controversias que se incluyeron en el instrumento. Por último, el capítulo III contiene información sobre la práctica reciente de la Asamblea General en relación con las cláusulas de solución de controversias incluidas en convenciones y convenios que no se concertaron sobre la base de proyectos de artículos aprobados por la Comisión.

¹ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

CAPÍTULO I

Temas relacionados con la solución de controversias, finalizados o ya considerados para su posible estudio en el futuro por la Comisión

3. En su décimo período de sesiones, en 1958, la Comisión finalizó su estudio del procedimiento arbitral con la aprobación de un modelo de reglas sobre la cuestión. Desde ese momento, la Comisión no ha vuelto a considerar temas directamente relacionados con la solución de controversias, pero en varias ocasiones examinó la posibilidad de dedicar un estudio a algunos aspectos específicos de esa cuestión jurídica.

A. Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, 1958

4. En su primer período de sesiones, en 1949, la Comisión seleccionó el procedimiento arbitral como uno de los temas para codificar considerados prioritarios y nombró al Sr. Scelle como Relator Especial². La Comisión examinó este tema en sus períodos de sesiones segundo, cuarto, quinto, noveno y décimo, en 1950, 1952, 1953, 1957 y 1958, respectivamente. En 1952, la Comisión aprobó en primera lectura un proyecto de procedimiento arbitral y lo transmitió a los gobiernos

para recabar sus observaciones³. El año siguiente, la Comisión aprobó el proyecto revisado de reglas sobre procedimiento arbitral⁴. En su informe sobre su quinto período de sesiones a la Asamblea General, la Comisión expresó la opinión de que el proyecto, que en ese momento se consideró final, debía ser recomendado a los Estados Miembros con miras a la concertación de una convención⁵.

5. La Comisión puso de relieve que el proyecto tenía dos aspectos, pues representaba a la vez una codificación del derecho existente sobre arbitraje internacional y una formulación de las modificaciones que la Comisión estimaba convenientes en materia de procedimiento arbitral⁶. En consecuencia, la Comisión había tomado como base las características tradicionales del procedimiento arbitral para la solución de controversias internacionales, como las que se relacionaban con la estipulación de recurrir al arbitraje, la constitución y las facultades del tribunal arbitral, las normas generales sobre pruebas

³ *Yearbook... 1952*, vol. II, pág. 58, párr. 14.

⁴ *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 208, párr. 57.

⁵ *Ibíd.*, párr. 55.

⁶ *Ibíd.*, párr. 54.

² Véase *Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 281, párrs. 17 y 21.

y procedimiento, y el laudo de los árbitros. Al mismo tiempo, la Comisión había previsto también ciertas garantías procesales para asegurar, de conformidad con la intención común original de las partes, la eficacia de la estipulación sobre arbitraje⁷.

6. El proyecto fue examinado por la Asamblea General en sus períodos de sesiones octavo y décimo, en 1953 y 1955, respectivamente, y fue objeto de un considerable número de críticas, sobre todo en vista de la recomendación de la Comisión de que se concertase una convención sobre la materia. En su resolución 989 (X), de 14 de diciembre de 1955, la Asamblea, al tomar nota de que se habían hecho varias sugerencias con miras a mejorar el proyecto, invitó a la CDI a estudiar las observaciones de los gobiernos y los debates de la Sexta Comisión en cuanto éstos pudiesen contribuir a incrementar el valor del proyecto sobre procedimiento arbitral, y que informara a la Asamblea General en su decimotercer período de sesiones.

7. En su noveno período de sesiones, celebrado en 1957, la Comisión creó un comité para que examinase la cuestión a la luz de la resolución de la Asamblea General⁸. El comité llegó a la conclusión de que sería necesario que la Comisión determinase el objetivo final del nuevo examen del proyecto de procedimiento arbitral, y en particular si su objeto debía ser la concertación de una convención o simplemente el establecimiento de un modelo de reglas sobre procedimiento arbitral que sirviese de inspiración a los Estados y que éstos pudiesen utilizar, en todo o en parte, para elaborar disposiciones con el fin de incluirlas en tratados internacionales y acuerdos especiales de arbitraje. La Comisión se decidió en favor de la segunda alternativa⁹.

8. En su décimo período de sesiones, en 1958, la Comisión aprobó el Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, seguido de un comentario general¹⁰. Al presentar el conjunto definitivo de reglas a la Asamblea General en el informe sobre su décimo período de sesiones, la Comisión recomendó que la Asamblea aprobara su informe mediante una resolución¹¹. La Asamblea General, en su resolución 1262 (XIII), de 14 de noviembre de 1958, tomó nota del capítulo II del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su décimo período de sesiones, relativo al procedimiento arbitral; señaló los artículos del proyecto sobre procedimiento arbitral a la atención de los Estados Miembros para que los tomasen en consideración y los utilizaran; e invitó a los gobiernos a enviar al Secretario General todas las observaciones que desearan hacer sobre el proyecto y, en particular, sobre su experiencia en la redacción de acuerdos de arbitraje y la marcha del procedimiento arbitral, con miras a facilitar un nuevo examen de la cuestión por las Naciones Unidas en el momento oportuno.

⁷ Por ejemplo, con objeto de impedir que una de las partes eludiera el arbitraje arguyendo que la controversia del caso no estaba comprendida en la estipulación de arbitraje, en el proyecto se preveía la posibilidad de una decisión obligatoria de la CIJ sobre la arbitrabilidad de la controversia (art. 2).

⁸ *Anuario...* 1957, vol. II, pág. 154, párr. 18.

⁹ *Ibíd.*, párr. 19.

¹⁰ *Anuario...* 1958, vol. II, pág. 90, párr. 22.

¹¹ *Ibíd.*, pág. 89, párr. 17.

B. Temas relacionados con la solución de controversias ya examinados, para su posible estudio en el futuro por la Comisión

1. EXAMEN DEL «ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES» COMO POSIBLE TEMA PARA CODIFICACIÓN EN 1949

9. En su primer período de sesiones, en 1949, la Comisión inició un estudio de todo el campo del derecho internacional con miras a seleccionar temas particulares cuya codificación se consideraba necesaria o conveniente¹². Sobre la base de una propuesta del Sr. Alfaro¹³, la Comisión celebró un intercambio de opiniones sobre la necesidad de mantener el arreglo pacífico de las controversias internacionales como un tema de examen conveniente. Se expresaron diversas opiniones; algunos miembros de la Comisión indicaron que la cuestión era sólo de procedimiento o se debía desarrollar progresivamente, mientras que otros apoyaron la propuesta, en el entendimiento de que un estudio del tema por la Comisión no duplicaría la labor realizada por la Comisión Interina de la Asamblea General¹⁴. Al finalizar el debate¹⁵, la Comisión decidió no incluir el tema en la lista provisional de temas seleccionados para codificación¹⁶.

2. EXAMEN POR LA COMISIÓN DEL TEMA DE LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS, SOBRE LA BASE DEL *EXAMEN D'ENSEMBLE DU DROIT INTERNATIONAL* PREPARADO POR EL SECRETARIO GENERAL EN 1971

10. En su 20.º período de sesiones, en 1968, la Comisión decidió prestar atención a su programa de trabajo a largo plazo, y a tal fin pidió al Secretario General que preparara un nuevo estudio sobre todo el campo del derecho internacional de conformidad con el memorando *Examen d'ensemble du droit international*¹⁷, presentado en el primer período de sesiones de la Comisión, en 1949. Sobre la base de ese nuevo estudio, la Comisión elaboraría una lista de temas que se consideraban preparados para su codificación. De conformidad con esa petición, la Secretaría presentó a la Comisión, en su 22.º período de sesiones, en 1970, un documento de trabajo preparatorio relativo al examen del programa de trabajo de la Comisión¹⁸. En la parte de ese documento de trabajo dedicada a temas sugeridos o recomendados para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión, la Secretaría resumió las opiniones y propuestas presentadas por Estados Miembros en relación con el arreglo pacífico de las controversias internacionales, en particular con respecto al recurso a «[p]rocedimientos de investigación, mediación y conciliación»¹⁹, y a la «[j]urisdicción obligatoria de la

¹² Véase *Yearbook...* 1949, pág. 280, párr. 13.

¹³ *Ibíd.*, pág. 43, párr. 70.

¹⁴ *Ibíd.*, págs. 43 y 44, párrs. 69 a 82.

¹⁵ El Presidente de la Comisión, Sr. Hudson, dijo que «la opinión general por el momento no era favorable a que la cuestión del arreglo pacífico de las controversias internacionales se mantuviera entre los temas de codificación que se consideraban necesarios o convenientes» (*ibíd.*, pág. 44).

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 281, párr. 16. El tema del «procedimiento arbitral» se incluyó por separado en la lista provisional (véase la sección A *supra*).

¹⁷ A/CN.4/1/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1948.V.1(1)).

¹⁸ Véase *Anuario...* 1970, vol. II, pág. 267, documento A/CN.4/230.

¹⁹ *Ibíd.*, pág. 284, párrs. 92 y 93.

Corte Internacional de Justicia»²⁰. La Secretaría indicó también que el estudio del tema «Modelo de reglamento sobre la conciliación» ya había sido sugerido por un miembro de la Comisión en 1967²¹.

11. En su 23.º período de sesiones, en 1971, la Comisión tuvo ante sí otro documento de trabajo titulado Examen de conjunto del derecho internacional²², preparado por el Secretario General en respuesta a la petición de la Comisión a la que se hace referencia más arriba. El documento de trabajo contenía alguna información relativa al examen por la Comisión de la cuestión del arreglo pacífico de las controversias²³; su evaluación final decía lo siguiente:

[A] elaborar textos con normas y principios sustantivos, la Comisión no se ha ocupado en general de determinar el método para aplicarlos, ni del procedimiento que habrá de seguirse para zanjar las divergencias nacidas de la interpretación y aplicación de las disposiciones sustantivas, con una sola excepción. Esa excepción surge cuando se concibe el procedimiento como vinculado inextricablemente con las normas y principios sustantivos, o dimanado lógicamente de ellos o, utilizando las palabras de la Comisión, «como parte integrante» del derecho codificado. Por otra parte, se ha considerado que la cuestión de la solución de controversias y, de hecho, la de la aplicación en su totalidad debe resolverlas la Asamblea General o la conferencia de plenipotenciarios que se ocupe del proyecto²⁴.

12. La Comisión examinó esta cuestión en el contexto del examen de su programa de trabajo a largo plazo tanto en 1971 como durante su 25.º período de sesiones, en 1973²⁵. Indicó que «el arreglo pacífico de las controversias» era una de las «otras materias que uno o más miembros opinaron que la Comisión podría tomar en consideración»²⁶, y decidió seguir examinando las diversas propuestas presentadas, en el curso de futuros períodos de sesiones²⁷.

²⁰ *Ibid.*, pág. 284 y 285, párrs. 97 a 100.

²¹ *Ibid.*, pág. 290, párr. 143; véase también *Anuario... 1967*, vol. I, 929.ª sesión, pág. 200, párr. 73.

²² Véase *Anuario... 1971*, vol. II (segunda parte), pág. 1, documento A/CN.4/245.

²³ *Ibid.*, págs. 32 a 35, párrs. 130 a 144.

²⁴ *Ibid.*, pág. 35, párr. 144 (la excepción mencionada se refiere a la solución de controversias relativas a la nulidad, terminación o suspensión de la aplicación de tratados, incluida en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados; véase el cap. II, secc. A.4, *infra*).

²⁵ Véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 236 y 237, párrs. 170 a 176.

²⁶ *Ibid.*, pág. 236, párr. 173.

²⁷ *Ibid.*, párr. 174.

3. TEMAS RELACIONADOS CON LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONSIDERADOS EN 1996 COMO POSIBLES TEMAS FUTUROS DEL PROGRAMA DE TRABAJO A LARGO PLAZO

13. En su 48.º período de sesiones, en 1996, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo para que ayudara a elegir temas de estudio en el futuro²⁸. Como resultado de esa labor, la Comisión estableció una lista de temas, clasificado bajo 13 «esferas muy generales del derecho internacional público que se rigen principalmente por las reglas del derecho internacional consuetudinario»²⁹. En relación con cada una de estas esferas, el Comité enumeró los temas ya finalizados, los que ya habían sido propuestos anteriormente por la Comisión o por alguno de sus miembros y «algunos temas posibles respecto de los cuales la Comisión no se propone adoptar una posición firme sobre la viabilidad de trabajar en ellos en el futuro»³⁰. En la esfera de la «solución de controversias», la Comisión mencionó el Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral como el único tema que ya se había finalizado³¹. Como posibles temas futuros, junto con el «Arreglo pacífico de las controversias internacionales [1949]»³², incluyó las «Cláusulas modelo para la solución de las controversias relativas a la aplicación o la interpretación de las futuras convenciones de codificación» y los «Procedimientos de mediación y conciliación por los órganos de las Naciones Unidas»³³. Desde entonces, la Comisión no ha considerado la solución de controversias como un tema para su posible estudio en el futuro; no obstante, durante el debate final sobre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se hicieron referencias expresas a esa posibilidad³⁴.

²⁸ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 244.

²⁹ *Ibid.*, anexo II, pág. 147, párr. 2, apdo. a.

³⁰ *Ibid.*, párr. 2, apdo. c.

³¹ Véase secc. A *supra*.

³² Véase secc. B.1 *supra*.

³³ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo II, pág. 150, punto XIII.

³⁴ Un miembro de la Comisión indicó que «[l]a cuestión de la solución de las controversias plantea un problema fundamental 'en sí', un problema general en relación con el cual la Comisión, en el marco de su programa de trabajo a largo plazo, podría algún día establecer una especie de modelo de cláusulas para la solución de controversias que se harían figurar en los convenios de codificación» (*Anuario... 2001*, vol. I, 2668.ª sesión, pág. 16, párr. 40).

CAPÍTULO II

Práctica de la Comisión en materia de cláusulas de solución de controversias

14. Aunque hasta la fecha la Comisión no ha celebrado ningún debate general sobre las cláusulas de solución de controversias³⁵, la posibilidad de incluir esas cláusulas en proyectos de artículos específicos, y la forma de hacerlo, ha sido considerada con frecuencia durante las

deliberaciones sobre esos proyectos de artículos. En el presente capítulo se examinan tanto las cláusulas que se incluyeron en proyectos de artículos aprobados por la Comisión como otros proyectos de artículos en los que la inclusión de esas cláusulas, si bien se debatió sustancialmente, no se aprobó en definitiva. En cada caso se describen brevemente los factores considerados por la Comisión para adoptar la decisión sobre las cláusulas y, si corresponde, los mecanismos finalmente incluidos en el instrumento.

³⁵ A los fines de la presente nota, por «cláusulas de solución de controversias» se entienden las que han sido consideradas por la Comisión o las que se refieren a uno o más medios pacíficos de solución de controversias enunciados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

A. Cláusulas de solución de controversias incluidas en proyectos aprobados por la Comisión

15. En esta sección se examinan las disposiciones relativas a la solución de controversias incluidas en proyectos finales aprobados por la Comisión sobre diversos temas de derecho internacional. Respecto de cada instrumento, se describen el mecanismo de solución de controversias; los argumentos en favor de la inclusión de un régimen de ese tipo, según se desprende de las deliberaciones de la Comisión; y cualquier medida subsiguiente adoptada por la Asamblea General o por la conferencia diplomática.

1. PROYECTO DE CONVENCIÓN PARA LA REDUCCIÓN DE LA APATRIDIA EN EL PORVENIR Y PROYECTO DE CONVENCIÓN PARA LA SUPRESIÓN DE LA APATRIDIA EN EL PORVENIR, 1954

16. Los dos proyectos de convención aprobados por la Comisión en 1954 contienen cláusulas de solución de controversias idénticas, en virtud de las cuales las partes se comprometen a establecer un organismo que defienda los intereses de las personas apátridas y, dentro del marco de las Naciones Unidas, un tribunal encargado de resolver las denuncias presentadas por ese organismo en nombre de las personas interesadas y las controversias planteadas por las partes. Las partes acordaron también que toda controversia entre ellas no remitida al tribunal se presentaría a la CIJ³⁶.

17. En su quinto período de sesiones, en 1953, la Comisión llegó a la conclusión de que era necesario establecer un organismo que representara a las personas apátridas y un tribunal al que esas personas, por conducto del organismo, pudieran presentar sus reclamaciones, dada la situación específica y vulnerable de las personas amenazadas con la apatridia; sin embargo, a juicio de la Comisión, los detalles de la organización de ese organismo y ese tribunal debían dejarse a las partes contratantes³⁷. Durante el sexto período de sesiones, en 1954, se expresaron diversas opiniones sobre la posibilidad de establecer el tribunal como un procedimiento de primera instancia y designar a la CIJ como la jurisdicción de apelación: algunos miembros de la Comisión citaron, como un posible problema de doble jurisdicción, la posibilidad de que el tribunal y la Corte trataran la misma cuestión simultáneamente; durante las deliberaciones en plenaria se recordó también la objeción al establecimiento de un tribunal de ese tipo expresada por algunos gobiernos en sus observaciones³⁸. Finalmente, la Comisión decidió que la jurisdicción para las controversias entre las partes debía conferirse al «tribunal especial», pero que esas controversias, si no se remitían al tribunal, debían ser adjudicadas por la CIJ³⁹.

18. El texto de la Convención para reducir los casos de apatridia aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Eliminación o Reducción de la Apatridia en el Porvenir, celebrada en 1961, sólo mantuvo la presentación a la CIJ a petición de cualquiera de

las partes en la controversia si las diferencias no podían resolverse por otros medios⁴⁰. En definitiva, no se mantuvo la idea de establecer un organismo que actuara en representación de las personas apátridas ni un tribunal.

2. ARTÍCULOS REFERENTES AL DERECHO DEL MAR, 1956

19. En los artículos referentes al derecho del mar aprobados por la Comisión en 1956 se establecen dos conjuntos de procedimientos: uno para la solución de controversias relativas a los recursos vivos de la alta mar y otro para las controversias relativas a la plataforma continental⁴¹. Se designó a una comisión arbitral de siete miembros, con facultades para ordenar medidas preliminares y adoptar decisiones vinculantes para las partes en la controversia, a fin de que resolviera las controversias relativas a los recursos vivos, mientras que las controversias relativas a la plataforma continental deberían presentarse a la CIJ a petición de cualquiera de las partes, a menos que éstas acordaran buscar una solución por otro medio pacífico.

20. En la Comisión se expresó una diversidad de opiniones en cuanto al procedimiento para resolver controversias relativas a los recursos vivos de la alta mar. Se objetó la inserción de una cláusula de arbitraje obligatoria con el argumento de que la función de la Comisión era codificar o elaborar el derecho pero no ocuparse de las garantías que haya que tomar para su aplicación⁴². Para algunos miembros, una referencia general a las disposiciones existentes que imponían a los Estados la obligación de resolver sus controversias pacíficamente era suficiente⁴³. La mayoría, sin embargo, consideró que era esencial que una autoridad imparcial garantizara la aplicación efectiva de los proyectos de artículos⁴⁴ y que la idea de una comisión arbitral especial tenía más probabilidades de ser aceptada por los Estados que la idea de una jurisdicción centralizada⁴⁵.

21. Se plantearon también en la Comisión varios enfoques relativos al régimen de solución de controversias sobre la plataforma continental. Inicialmente, los artículos sólo contenían una cláusula general de arbitraje⁴⁶. La razón principal de incluir una cláusula de ese tipo, en lugar de referirse simplemente a los medios pacíficos de solución de controversias dispuestos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, era conciliar los derechos de los Estados costeros y la libertad largamente respetada de la alta mar, y dejar espacio para aplicar una «cierta elasticidad y discreción» en ese ejercicio de conciliación⁴⁷. Más tarde, la Comisión enmendó el artículo y dispuso que las controversias relativas a la plataforma continental se presentaran a la CIJ a petición de cualquiera de las partes, a menos que éstas hubieran acordado otro método de solución pacífica⁴⁸. De esa forma,

⁴⁰ Véase el artículo 14.

⁴¹ *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 258 a 260 (arts. 57 a 59 y 73, respectivamente).

⁴² *Ibíd.*, pág. 284, párr. 17 del comentario al título del artículo 50.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 285, párr. 18.

⁴⁵ *Ibíd.*, vol. II, pág. 285, párr. 19.

⁴⁶ *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 213.

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 217, párr. 87.

⁴⁸ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 297, art. 73.

³⁶ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 145 (art. 11 de ambas convenciones).

³⁷ *Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 227 y 228, párrs. 157 a 160.

³⁸ *Yearbook... 1954*, vol. I., 244.ª sesión, págs. 12 a 14, párrs. 12 a 39; y 245.ª sesión, pág. 15, párrs. 13 a 21.

³⁹ *Ibíd.*, vol. II, pág. 142, párrs. 23 y 24.

la mayoría de los miembros de la Comisión superó la objeción hecha por algunos de que la inserción de una cláusula de ese tipo haría que el proyecto fuera «inaceptable para muchísimos Estados»⁴⁹. Se estableció también deliberadamente una diferencia con el régimen de comisión arbitral diseñado para las controversias relativas a los recursos vivos de la alta mar, con el argumento de que las cuestiones relativas a la plataforma continental no tendrían «un carácter extremadamente técnico como en el caso de la conservación» de los recursos vivos del mar⁵⁰.

22. Durante el debate sobre el tema, la Comisión examinó también la posibilidad de adoptar una regla en virtud de la cual todas las controversias relativas a la anchura del mar territorial debían someterse a la jurisdicción obligatoria de la CIJ⁵¹. La Comisión, sin embargo, decidió no incluir esa cláusula con el argumento de que «la comunidad internacional no ha logrado aún formular una regla de derecho» sobre esa cuestión, lo cual hacía que fuera inapropiado «delegar una función esencialmente legislativa en un órgano judicial»⁵².

23. La Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de alta mar⁵³ contiene un procedimiento de comisión arbitral similar al incluido en el proyecto preparado por la Comisión. Todas las otras cuestiones dimanantes de la interpretación o aplicación de cualquiera de las convenciones sobre el derecho del mar de 1958 están sujetas a la jurisdicción obligatoria de la CIJ, según se dispone en el Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias.

3. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RELACIONES E INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS, 1958

24. El artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas aprobado por la Comisión en 1958 dispone que cuando las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención no puedan solventarse por la vía diplomática, serán sometidas a conciliación o a arbitraje y, en su defecto, a instancia de cualquiera de las partes, a la CIJ⁵⁴.

25. Durante los debates de la Comisión sobre este tema se plantearon diferentes opiniones sobre en qué parte del proyecto, y en qué forma, debía incluirse una cláusula de solución de controversias. Algunos miembros consideraron que la Comisión debía concentrarse en la codificación de normas sustantivas, sin ocuparse de la cuestión de su aplicación; otros sugirieron que la cuestión del procedimiento de solución de controversias se resolviera en un protocolo; la mayoría, sin embargo, consideró necesario disponer un procedimiento de solución de controversias remitiéndose, en última instancia, a la jurisdicción de la CIJ en el texto, si el proyecto se presentaba en forma de una convención⁵⁵.

26. El Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias contiene un procedimiento sustancialmente idéntico al propuesto por la Comisión.

4. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1966

27. En el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado en 1966, la Comisión estableció un procedimiento específico de notificación que debía seguirse en casos de nulidad o terminación de un tratado, retirada de él o suspensión de su aplicación⁵⁶. El proyecto de artículo 62 disponía, en particular, que si una parte planteaba una objeción a una notificación hecha por otra parte, las partes debían buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁷.

28. La Comisión destacó por primera vez la necesidad de incluir una referencia general a la solución pacífica de controversias en el contexto específico de la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado como un medio para limitar los efectos que las afirmaciones arbitrarias pudieran tener sobre la estabilidad de los tratados⁵⁸. Si bien algunos miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de artículos⁵⁹, especialmente durante la primera lectura, la necesidad de disponer la decisión judicial obligatoria de la CIJ si las partes no llegaban a un acuerdo sobre otros medios para resolver sus diferencias, la Comisión en definitiva se limitó a una mera referencia al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, en el entendimiento de que el establecimiento de esas disposiciones de procedimiento en el proyecto «como parte integrante de las normas relativas a la invalidez y terminación de los tratados y a la suspensión de su aplicación constituía un progreso considerable»⁶⁰.

29. En la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Convención de Viena de 1969), el procedimiento de solución de controversias figura en dos artículos separados. El artículo 65, que trata del procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado, es sustancialmente idéntico al proyecto de artículo 62 aprobado en segunda lectura por la Comisión. El artículo 66 detalla específicamente los procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación que deben seguirse en los casos en que las partes que presentan la notificación y la objeción en virtud del artículo 65 no logren resolver sus diferencias en un período de 12 meses. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se consideró específicamente el arreglo de controversias relativo a la aplicación de normas de *jus cogens*: según el apartado a del artículo 66 de la Convención de Viena, a menos que las partes acuerden recurrir al arbitraje, cualquiera de ellas puede solicitar una

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 4 del comentario al artículo 73.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 3 del comentario al artículo 73.

⁵¹ *Ibíd.*, pág. 262, párr. 9 del comentario al artículo 3.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Véanse los artículos 9 a 12.

⁵⁴ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 113.

⁵⁵ *Ibíd.*, comentario al artículo 45.

⁵⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 203, proyecto de artículo 62.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 3.

⁵⁸ Véase *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 250 y 251, párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 51.

⁵⁹ Véase *ibíd.*, pág. 251, párr. 2.

⁶⁰ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 287, párr. 6 del comentario al proyecto de artículo 62.

decisión de la CIJ cuando la diferencia se refiera a la aplicación o interpretación de los artículos 53 o 64 de la Convención. Para las controversias relativas a cualquier otra disposición de la parte V de la Convención, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento de conciliación especificado en el anexo de la Convención.

5. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE ESTADOS EN SUS RELACIONES CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, 1971

30. En el proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales aprobado en su 23.º período de sesiones, celebrado en 1971, la Comisión incluyó un mecanismo dual para la solución de controversias. El proyecto de artículo 81 organiza primero un procedimiento de consultas, para el caso de que se plantee una controversia entre el Estado huésped, el Estado que envía interesados y la Organización, que se realizaría a petición de cualquiera de ellos⁶¹. Si la controversia no pudiera resolverse mediante este proceso inicial, el proyecto de artículo 82 dispone que podría ser sometida al procedimiento que se hubiese establecido en la Organización o, a petición de cualquiera de los Estados partes en la controversia, podría someterse a una comisión de conciliación que se constituiría de conformidad con las disposiciones de ese artículo⁶².

31. Inicialmente, la Comisión sólo había previsto incluir en el proyecto de artículos una disposición relativa a la posible celebración de consultas⁶³. A la luz de los comentarios recibidos de algunos gobiernos⁶⁴, la Comisión volvió a examinar la cuestión y añadió, en el proyecto de artículo 82, que «lógicamente las consultas, cuando no resultan satisfactorias, deben ir seguidas de la utilización de cualquier procedimiento de conciliación de que la organización pudiera disponer»⁶⁵.

32. En la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, los artículos 84 y 85 tratan del régimen de solución de controversias. El artículo 84 es en gran parte similar al proyecto de artículo 81, aunque no equipara a la organización con los Estados partes en la controversia. El artículo 85 trata de la composición y las funciones de la comisión de conciliación y de la remisión de la controversia a ella; aclara que las recomendaciones formuladas por la comisión no serán vinculantes para las partes en la controversia, a menos que todas las partes las hayan aceptado.

6. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DE DELITOS CONTRA LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS Y OTRAS PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, 1972

33. Aunque la Comisión mantuvo en su proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas in-

ternacionalmente protegidas una cláusula de solución de controversias similar, en algunos aspectos, a la adoptada en el proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, adoptó un enfoque innovador en cuanto a la forma en que se incorporaría dicha cláusula en el texto. El artículo 12 del proyecto aprobado en el 24.º período de sesiones, celebrado en 1972, se presentó por cierto en formulaciones alternativas que disponían, respectivamente, la remisión de la controversia a conciliación (variante A) o a una forma optativa de arbitraje (variante B)⁶⁶. Como subrayó la propia Comisión, la variante A «reproduce, con las adaptaciones necesarias, el artículo 82 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales»⁶⁷. En cuanto a la variante B, disponía el arbitraje obligatorio, acompañado de la posibilidad de remitir la controversia a la CIJ si las partes no lograran un acuerdo sobre la organización del arbitraje, pero incluía expresamente una disposición que permitía a las partes hacer una reserva a ese artículo particular⁶⁸.

34. Al decidir la inclusión en el proyecto de esos métodos alternativos de solución de controversias, la Comisión tuvo que hacer varias evaluaciones. En primer lugar, consideró que «podían surgir diversas controversias en relación con el proyecto de artículos»⁶⁹, aunque algunos de sus miembros expresaron opiniones diferentes y consideraron que las posibles controversias en virtud de los proyectos de artículos, debido a su carácter, «no se prestarían a la aplicación de los procedimientos previstos»⁷⁰. Segundo, la Comisión consideró que los procedimientos de conciliación o arbitraje «representaban la mayor medida de acuerdo que parece existir actualmente entre los gobiernos en la cuestión de la solución de las controversias»⁷¹, y decidió presentar formulaciones alternativas como un intento de «recoger los puntos de vista expuestos por los gobiernos»⁷² sobre la cuestión.

35. El artículo 13 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, dispone un procedimiento muy similar al consagrado en la variante B del proyecto de artículo 12.

7. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, 1982

36. Al abordar la cuestión de la solución de controversias en el contexto del derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión se refirió tanto a su propio proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, aprobado en 1966, como a las adiciones hechas a ese procedimiento general durante la Conferencia de

⁶⁶ Véase *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 351 y 352, proyecto de artículo 12.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 352, párr. 3 del comentario al proyecto de artículo 12.

⁶⁸ Véase *ibid.*, párr. 4.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 1.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁶¹ *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 359.

⁶² *Ibid.*, proyecto de artículo 82, párr. 1.

⁶³ Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 232, proyecto de artículo 50.

⁶⁴ Véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 360, párr. 5 del comentario al proyecto de artículo 82.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 361, párr. 7.

las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. El proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, aprobado por la Comisión en su 24.º período de sesiones, celebrado en 1982, reprodujo sustancialmente, por lo tanto, el mecanismo establecido en virtud de la Convención de Viena de 1969⁷³, con algunas modificaciones justificadas en razón de los aspectos particulares que planteaba la posible participación de una organización internacional en la controversia.

37. La Comisión, al destacar que el sistema que había propuesto acerca del procedimiento a seguir con respecto a nulidad, terminación, retirada o suspensión de la aplicación de un tratado había sido respaldado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, decidió extenderlo a su proyecto de artículos, a fin de organizar «un procedimiento equitativo basado en una información, una motivación, una moratoria y, eventualmente, el recurso a los procedimientos de solución de controversias enunciados en el Artículo 33 de la Carta»⁷⁴.

38. Cuando decidió transponer al proyecto de artículos la cláusula de solución de controversias aprobada en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión reconoció las «peculiaridades del artículo 66»⁷⁵, que figuraban en el cuerpo del tratado, y no entre sus cláusulas finales, y abarcaban sólo las controversias relativas a la parte V de la Convención de Viena⁷⁶. Tras examinar diversas formas de resolver el «importante obstáculo procesal»⁷⁷ que planteaba la imposibilidad de que organizaciones internacionales fueran partes en casos presentados a la CIJ, la Comisión optó finalmente por una solución «simple»⁷⁸, en virtud de la cual las controversias relativas a los proyectos de artículos 53 y 64 se someterían a arbitraje; respecto de las controversias relativas a otras disposiciones de la parte V, en cambio, se mantendría el sistema del recurso obligatorio a la conciliación, instituido por la Convención de Viena de 1969⁷⁹.

39. El mecanismo de solución de controversias dispuesto en el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales parece, en algunos aspectos, más complejo que el aprobado por la Comisión, sobre todo en cuanto a las controversias relativas a la aplicación o interpretación de los artículos 53 y 64 de la Convención. Según cuál fuera la naturaleza de las partes en la controversia, podría por cierto pedirse a la CIJ que emitiera una decisión o una

opinión consultiva, a menos que todas las partes en la controversia acordaran presentarla a un procedimiento de arbitraje⁸⁰.

8. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, 1994

40. Como lo destacó la propia Comisión, el artículo 33 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación establece «una regla básica para la solución de las disputas relacionadas con los cursos de agua»⁸¹, de carácter subsidiario y que tiene un procedimiento en tres fases: si no producen resultados, las consultas y negociaciones deben ir seguidas de un recurso a métodos imparciales de determinación de los hechos, mediante una comisión de determinación de hechos; mediación o conciliación; y, por último, arbitraje o arreglo judicial con el acuerdo de las partes interesadas⁸².

41. Aunque la regla consagrada en el proyecto de artículo 33 parece, por lo tanto, de carácter básico, la cuestión de la inclusión de cláusulas de solución de controversias en los proyectos de artículos dio lugar a un amplio debate en la Comisión, en particular al comienzo de la segunda lectura del proyecto⁸³. Algunos miembros expresaron dudas en cuanto a la conveniencia de incluir ese tipo de cláusulas, teniendo en cuenta la diversidad de cursos de agua y la «flexibilidad del instrumento jurídico que se estaba preparando»; a su juicio, las controversias a ese respecto «podrían resolverse más eficazmente por medios políticos que por vía judicial»⁸⁴. Por otra parte, otros miembros señalaron las crecientes necesidades de las poblaciones y la escasez del recurso, en apoyo de la necesidad de resolver controversias sobre cursos de agua en el plano técnico⁸⁵. En definitiva, la mayoría de los miembros de la Comisión se sumó a la opinión del Relator Especial y consideró que la recomendación relativa a un «conjunto de disposiciones adaptadas a las necesidades»⁸⁶ sobre solución de controversias constituiría una «importante contribución»⁸⁷, aun si se optara por las reglas modelo⁸⁸.

⁸⁰ Véanse los artículos 65 y 66 de la Convención sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

⁸¹ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 143, párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 33.

⁸² *Ibíd.*, págs. 143 y 144, párrs. 2 a 11. La Comisión también dispuso los requisitos de notificación, negociación y consulta para los Estados que desearan aplicar medidas planificadas acerca de los cursos de agua internacionales, a fin de mantener un equilibrio equitativo entre las partes y evitar las controversias entre ellas sobre los usos de los cursos de agua (*ibíd.*, págs. 118 y ss., proyectos de artículos 11 a 19).

⁸³ Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párrs. 351 a 357.

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 353.

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 352. Se expresó también la opinión de que «la elasticidad de las normas de fondo hacía indispensable incluir» procedimientos obligatorios para la determinación de hechos, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial (*ibíd.*, párr. 357).

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 351.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ La resolución sobre las aguas subterráneas transfronterizas aprobada por la Comisión tras completar la segunda lectura del proyecto contiene la recomendación explícita de que los Estados consideren la posibilidad de resolver sus controversias relativas a las aguas

⁷³ Véase el párrafo 29 *supra*.

⁷⁴ *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 67, párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 65. La Comisión propuso dos enmiendas al texto del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, relativas al plazo para presentar una objeción y a la presentación de la notificación u objeción hecha por una organización internacional a las reglas de esa organización (*ibíd.*, pág. 68, párrs. 3 a 5). Esta última enmienda se incorporó en la Convención sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 69, párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 66.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 69, párr. 4.

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 70, párr. 6.

⁷⁹ *Ibíd.*

42. Si bien el artículo 33, sobre «Solución de controversias», de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación mantiene el carácter residual del proyecto de artículo aprobado por la Comisión, difiere significativamente de él. De conformidad con el artículo, si las partes interesadas no pueden resolver su controversia mediante negociación, pueden buscar juntas una solución mediante interposición de buenos oficios, mediación, conciliación o el uso de las instituciones mixtas sobre los cursos de agua, o pueden acordar someter su controversia a un arbitraje o a la CIJ. Se entiende que el recurso a una comisión imparcial de determinación de hechos a petición de cualquiera de las partes en la controversia es un procedimiento recomendado de última instancia para lograr una solución equitativa de la controversia, si no se ha logrado hacerlo por otro de los medios enunciados previamente.

9. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS, 2001

43. Como indicó el Comité de Redacción, el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas es una revisión, «en forma resumida», del artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que «había sido negociado detenidamente por los Estados y considerado aceptable»⁸⁹. La norma tiene carácter subsidiario⁹⁰, en cuanto se aplica en ausencia de otros acuerdos de los Estados interesados relativos a la solución de las controversias entre ellos; si no se llega a un acuerdo sobre los medios tradicionales que se deben utilizar para resolver las controversias, el proyecto de artículo 19 dispone un procedimiento obligatorio que consiste en el nombramiento de una comisión imparcial de determinación de hechos, cuyas recomendaciones serán consideradas de buena fe por las partes⁹¹.

44. Las disposiciones del proyecto de artículo 19, según las explicó el Comité de Redacción, tenían por objeto lograr un equilibrio equitativo entre diferentes imperativos. Por una parte, y en contraste con la disposición sobre solución de controversias adoptada en primera lectura⁹², se consideró necesario abstenerse de incluir en el proyecto un mero «mecanismo de solución de controversias 'inoperante'»⁹³; por ejemplo, un mecanismo que requiriese la plena cooperación de todas las partes para establecer una comisión de determinación de hechos. Por otra parte, se consideró prudente «no establecer disposiciones completas sobre solución de controversias que pudieran desincentivar la ratificación por los gobiernos»⁹⁴.

subterráneas transfronterizas de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 33 del proyecto de artículos (*Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 144).

⁸⁹ *Anuario... 2001*, vol. I, 2675.ª sesión, págs. 68 y 69, párr. 28.

⁹⁰ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 181, párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 19.

⁹¹ *Ibíd.*, proyecto de artículo 19.

⁹² Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 43, proyecto de artículo 17.

⁹³ *Anuario... 2001*, vol. I., 2675.ª sesión, pág. 68, párr. 27.

⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 28.

B. Cláusulas de solución de controversias examinadas pero no incluidas en los proyectos aprobados por la Comisión

45. Un breve examen general de la historia de la redacción de los artículos aprobados por la Comisión desde su primer período de sesiones indica que, en casi la mitad de los casos, durante las deliberaciones no se planteó la necesidad, ni hubo oportunidad, de insertar cláusulas de solución de controversias⁹⁵. En la presente sección se examinan los proyectos de artículos en que no se mantuvo la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas aunque la cuestión fue examinada a fondo. La lista que sigue a continuación no tiene el propósito de ser exhaustiva; su finalidad, en cambio, es ilustrar con más detalle la forma en que la Comisión había tratado algunas cuestiones relacionadas con las cláusulas de solución de controversias a lo largo de su historia.

1. PROYECTOS DE ARTÍCULOS SOBRE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE TRATADOS, 1974

46. Durante los debates finales de la primera lectura del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, celebrados en 1972, algunos miembros de la Comisión destacaron la importancia de examinar, a su debido tiempo, la posible necesidad de incluir disposiciones relativas a la solución de las controversias que se planteasen en la interpretación y aplicación del proyecto. La Comisión, sin embargo, consideró prematuro abordar esta cuestión en esa etapa⁹⁶.

47. La cuestión se planteó de nuevo durante la segunda lectura del proyecto de artículos, sobre la base de comentarios hechos por algunos gobiernos que preveían dificultades en la aplicación de los artículos y, en consecuencia, la necesidad de algún procedimiento de solución de controversias⁹⁷. Dada la relación conceptual existente entre el proyecto de artículos sobre sucesión de los Estados en materia de tratados y la Convención de Viena de 1969, algunos miembros de la Comisión apoyaron la inclusión, en el primer instrumento, de procedimientos para la solución de controversias basados en las disposiciones del segundo⁹⁸. En definitiva, prevaleció la opinión de que, respecto de esta cuestión, «la Comisión no debía seguir adelante sin someterla a la Asamblea General»⁹⁹, en el entendimiento de que la cuestión se podría volver a considerar si la Asamblea lo dispusiese como parte de la preparación de una convención¹⁰⁰.

48. La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, contiene una cuarta parte

⁹⁵ Evidentemente, el hecho de que la Comisión no haya celebrado un debate sobre la cuestión no impide la posterior aprobación de mecanismos de solución de controversias en instrumentos que, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares o la Convención sobre las Misiones Especiales (que tienen, ambas, protocolos facultativos sobre la solución obligatoria de las controversias), se concertaron sobre la base de proyectos de artículos aprobados por la Comisión.

⁹⁶ Véase *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 248, párr. 50.

⁹⁷ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 173, párr. 79.

⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 174, párr. 80.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 81.

dedicada totalmente a la solución de controversias, que a su vez se refiere a consultas y negociación, conciliación (en virtud de un procedimiento indicado en el anexo de la Convención), decisión judicial y arbitraje tras declaraciones individuales de aceptación por las partes o por consentimiento común¹⁰¹.

2. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA, 1978

49. La cuestión de la solución de controversias se planteó tanto en la primera como en la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida. Algunos miembros apoyaron la inclusión de una cláusula específica a ese respecto, que establecería el derecho de una parte de remitir una controversia a decisión judicial si no pudiera resolverse por otros medios¹⁰². La Comisión, sin embargo, se abstuvo de formular una disposición sobre solución de controversias, en el entendimiento de que la cuestión debía transmitirse «a la Asamblea General y a los Estados Miembros y, en definitiva, al órgano encargado de ultimar el proyecto de artículos»¹⁰³.

3. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE SUCESIÓN DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE BIENES, ARCHIVOS Y DEUDAS DE ESTADO, 1981

50. En las primeras etapas del estudio de la sucesión de los Estados en cuestiones diferentes de los tratados se expresó en la Comisión una diversidad de opiniones en cuanto a la necesidad de tratar la cuestión de la solución de controversias. Para algunos miembros, la Comisión debía «tratar de elaborar un sistema adecuado»¹⁰⁴ de decisión judicial de controversias planteadas por la sucesión de los Estados; para otros, la cuestión «excedía los límites del tema y debía quedar excluida de los trabajos de la Comisión»¹⁰⁵. La opinión dominante fue que sería prematuro tomar decisión alguna sobre esta cuestión hasta que se hubiere avanzado más en el estudio del fondo del tema¹⁰⁶. Durante los períodos de sesiones subsiguientes, sin embargo, la Comisión nunca celebró un debate sobre la necesidad de diseñar un procedimiento de solución de controversias específico para la sucesión de los Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, aunque en diversas ocasiones se reiteró la intención de tratar la cuestión en una etapa posterior¹⁰⁷. La Comisión, en particular, no consideró la posibilidad

de hacer una transposición al proyecto de artículos, que consideró como un complemento de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados¹⁰⁸, el sistema adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de los Estados en materia de Tratados.

51. La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado dispone, en la parte V, un régimen de arreglo de controversias¹⁰⁹ sustancialmente idéntico al mecanismo incluido en la parte VI de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados¹¹⁰.

4. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL ESTATUTO DEL CORREO DIPLOMÁTICO Y DE LA VALIJA DIPLOMÁTICA NO ACOMPAÑADA POR UN CORREO DIPLOMÁTICO Y PROYECTOS DE PROTOCOLOS FACULTATIVOS, 1989

52. La cuestión de la solución de controversias en relación con el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático se trató sólo al comienzo de la segunda lectura del proyecto, y principalmente debido a que unos pocos gobiernos habían sugerido incluir disposiciones «de carácter flexible» sobre la cuestión¹¹¹. La sugerencia contó con el apoyo de la Comisión¹¹². Algunos miembros indicaron que la forma más apropiada de incluir cláusulas de solución de controversias sería anexar un protocolo facultativo al instrumento que se adoptara, como se había hecho en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹¹³, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares o la Convención sobre las Misiones Especiales. El Relator Especial, aunque reconoció los méritos de ese enfoque, mencionó también como una posible alternativa el mecanismo de solución de controversias mediante consultas y conciliación adoptado en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que dispone la solución de controversias mediante consultas y conciliación¹¹⁴.

53. Al final de la segunda lectura del proyecto de artículos, la Comisión recomendó a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para concertar una convención sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático¹¹⁵. Decidió dejar que la conferencia resolviese «también los problemas usuales relativos a las cláusulas finales de la convención y del arreglo pacífico de controversias»¹¹⁶.

¹⁰¹ Arts. 41 a 45.

¹⁰² Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 10, párr. 55, y *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 68.

¹⁰³ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 69 y, respecto de un texto similar en primera lectura, *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 10, párr. 55.

¹⁰⁴ *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 214, párr. 71.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*, págs. 214 y 215, párr. 72. La Comisión indicó que en esa etapa temprana del estudio no era posible determinar «los tipos de controversias a que pudieran dar lugar las reglas propuestas, así como los procedimientos o métodos de arreglo más adecuados para aquellos aspectos en que se considerara conveniente organizar un sistema de solución».

¹⁰⁷ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 125, párr. 103; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 58; y *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 122.

¹⁰⁸ Véase *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 63.

¹⁰⁹ Arts. 42 a 46.

¹¹⁰ Véase el párrafo 48 *supra*.

¹¹¹ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párr. 489.

¹¹² *Ibíd.*, párr. 491.

¹¹³ Véase el párrafo 26 *supra*.

¹¹⁴ Véase *ibíd.*, párr. 492. Respecto de las cláusulas de solución de controversias aprobadas en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, véase el párrafo 32 *supra*.

¹¹⁵ *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 66.

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 68.

5. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES, 1991

54. En el 38.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1986, el Relator Especial sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes propuso varias enmiendas a los artículos anteriormente aprobados en primera lectura, así como diversos proyectos de artículos nuevos, incluidas disposiciones para la solución de controversias. El Relator Especial señaló que la inserción de un procedimiento de arreglo de controversias «se observa cada vez con mayor frecuencia»¹¹⁷ en los trabajos recientes de codificación, y presentó dos opciones para el tema en examen. Por una parte, las cláusulas sobre solución de controversias podían abarcar diferencias relativas a la aplicación e interpretación de los artículos en general, o limitarse a aspectos específicos del tema, existiese o no reciprocidad¹¹⁸. Por otra parte, la necesidad de una cláusula de solución de controversias podría depender del fondo del proyecto de artículos. En el contexto específico del tema, señaló que sólo podría haber una controversia si un tribunal decidiese ejercer jurisdicción en procedimientos que incluyeran a otro Estado. Cuando se había ejercido esa jurisdicción, sólo en raras ocasiones el Estado al que se había negado inmunidad jurisdiccional había adoptado alguna medida diferente de la mera presentación de una protesta. Teniendo en cuenta esa práctica, el Relator Especial opinó que la Comisión podría decidir que no era absolutamente necesario incluir disposiciones sobre solución de controversias en los proyectos de artículos, y dijo que él mismo no propondría la inclusión de disposiciones de ese tipo. No obstante, añadió que quizá conviniese protegerse contra la aparición de una nueva tendencia que significase no sólo el uso de la jurisdicción en actuaciones que comprendiesen el interés de otro Estado, sino también el ejercicio de medidas de aplicación forzosa contra sus bienes. A fin de desalentar esos litigios irritantes, quizá fuera necesario dedicar una parte del proyecto a la solución de controversias, que podría tener el efecto de desalentar la autorización por los tribunales de medidas de aplicación definitivas o provisionales contra bienes del Estado. El Relator Especial sugirió que si la Comisión considerase conveniente incluir ese tipo de disposiciones en el proyecto de artículo, el régimen establecido en virtud de la Convención de Viena sobre la sucesión de los Estados en materia de tratados¹¹⁹ podría ser un precedente apropiado a ese respecto¹²⁰.

55. En su informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, presentado a la Comisión en su 40.º período de sesiones, en 1988, el nuevo Relator Especial observó que la Comisión no había examinado minuciosamente la cuestión de un mecanismo de solución de controversias debido a la falta de tiempo¹²¹. Durante el examen celebrado en el 41.º período de sesiones de la Comisión, en 1989, un miembro expresó la opinión de que quizá no fuera

apropiado incluir normas sobre solución de controversias en el proyecto de artículos. Sugirió que, si los proyectos de artículos pasaran a formar parte de una futura convención, el mecanismo jurídico de solución de controversias podría incorporarse más apropiadamente en un protocolo facultativo de la convención. Varios miembros se manifestaron a favor de dejar que esta cuestión fuera resuelta en una conferencia diplomática¹²². Se señaló también que, antes de que la Comisión prosiguiese el examen de esta cuestión, sería útil contar con una indicación de la preferencia de la Asamblea General¹²³.

56. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes contiene un régimen de solución de controversias basado en la propuesta hecha por el Presidente del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹²⁴. Dispone que los Estados partes procuren resolver sus controversias mediante negociación. Si una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención no pudiera resolverse en un plazo razonable, será sometida a arbitraje previa solicitud de cualquiera de las partes. Si las partes no pudieran ponerse de acuerdo acerca de la organización del arbitraje dentro de los seis meses de esa solicitud, cualquiera de ellas podrá remitir la controversia a la CIJ mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte¹²⁵. Los Estados partes, sin embargo, pueden hacer reservas respecto del procedimiento de solución de controversias¹²⁶.

6. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, 2001

57. En la larga historia de la redacción de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión examinó tanto la cuestión de incluir un mecanismo de solución de controversias para la totalidad de los proyectos de artículos como la cuestión específica de si había que establecer un vínculo entre ese mecanismo (u otros procedimientos de solución de controversias disponibles) y el recurso a contramedidas.

58. Con respecto a la primera cuestión, cabe señalar que, si bien los proyectos de artículos adoptados en primera lectura en 1996 incluían un conjunto de siete artículos, así como un anexo, sobre solución de controversias¹²⁷, el proyecto final adoptado en segunda lectura en 2001¹²⁸ no contiene ninguna disposición general relativa a la solución de controversias por motivos de interpretación o aplicación del proyecto de artículos.

59. La posibilidad de incluir en el proyecto de artículos disposiciones generales relativas a la solución de

¹¹⁷ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 35, párr. 45.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Véase el párrafo 48 *supra*.

¹²⁰ *Ibíd.*, págs. 35 y 36, párrs. 46 y 47.

¹²¹ *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/415, pág. 126, párr. 274.

¹²² *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 26.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 22 (A/59/22)*, anexo II, secc. A.

¹²⁵ Art. 27, párrs. 1 y 2.

¹²⁶ Art. 27, párr. 3.

¹²⁷ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 70 y ss.

¹²⁸ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 76.

controversias fue examinada por la Comisión durante los primeros años de su labor sobre este tema. En su 15.º período de sesiones, celebrado en 1963, dos miembros de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, establecida por la Comisión para considerar aspectos generales del tema, presentaron documentos de trabajo en los que destacaban la importancia de tratar la cuestión de los procedimientos de solución de controversias¹²⁹. Ahora bien, el programa de trabajo inicial sobre el tema propuesto por la Subcomisión, y hecho suyo por la Comisión, no preveía una parte relativa a la solución de controversias¹³⁰. En su 21.º período de sesiones, celebrado en 1969, la Comisión revisó su plan de trabajo y decidió considerar en una etapa posterior la posibilidad de examinar ciertos problemas relativos a la aplicación de la responsabilidad internacional de los Estados y cuestiones relativas a la solución de controversias¹³¹.

60. Cuando la cuestión fue examinada en primera lectura¹³², algunos miembros pidieron que se obrara con cautela cuando se elaboraran disposiciones sobre solución de controversias¹³³. Se señaló que, a la luz de la renuencia de los Estados a aceptar procedimientos de solución de controversias por terceros, era prematuro que la Comisión considerara esta cuestión¹³⁴ y que la Comisión debía tener cuidado de no hacer propuestas que los Estados no pudieran aceptar¹³⁵. También se expresaron dudas sobre la posibilidad de diseñar un régimen único para todos los tipos de controversias sobre responsabilidad y de distinguir entre la cuestión general de la responsabilidad y el problema de las normas primarias cuya violación daría lugar a esa responsabilidad¹³⁶. La mayoría de los miembros de la Comisión, sin embargo, apoyó la inclusión de un mecanismo de solución de controversias, que en general se consideraba necesario para la aplicación del

proyecto de artículos¹³⁷. A ese respecto, se subrayó que en los últimos tiempos los Estados habían mostrado una creciente disposición a aceptar procedimientos de solución de controversias¹³⁸.

61. La Comisión volvió a considerar toda la cuestión de la solución de controversias al final de la segunda lectura¹³⁹. Algunos miembros se manifestaron a favor de incluir disposiciones sobre solución de controversias en el proyecto de artículos, en particular si la Comisión recomendaba la elaboración de una convención, teniendo en cuenta la importancia y complejidad del tema y para aumentar la capacidad de los tribunales para desarrollar el derecho mediante sus decisiones¹⁴⁰. Otros miembros, sin embargo, consideraron innecesario incluir esas disposiciones, señalando que esto daría lugar a una duplicación de los mecanismos de solución de controversias existentes y llevaría a su fragmentación y proliferación¹⁴¹. Se sugirió también que se incluyera una disposición general sobre solución de controversias semejante al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴². La Comisión decidió que no incluiría disposiciones sobre un mecanismo de solución de controversias, pero que pondría de relieve el mecanismo elaborado en primera lectura como un posible medio para resolver controversias relativas a la responsabilidad del Estado, dejando a la Asamblea General el examen de si se podrían incluir disposiciones sobre solución de controversias, y en qué forma, en el caso de que la Asamblea decidiera elaborar una convención¹⁴³.

62. La Comisión examinó también la cuestión de las cláusulas relativas a la solución de controversias específicamente en relación con la cuestión del recurso a contramedidas. A fin de remediar los posibles inconvenientes de las contramedidas unilaterales, se propuso inicialmente que el régimen pertinente fuera complementado con un mecanismo de solución de controversias a cargo de terceros y en tres fases (conciliación, arbitraje y decisión judicial)¹⁴⁴. Si bien ese enfoque fue puesto en tela de juicio por algunos miembros, otros se manifestaron en su favor, señalando que un mecanismo de ese tipo protegería

¹²⁹ Véase *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 288 a 293 (Sr. Tsuruoka) y págs. 284 a 287 (Sr. Paredes).

¹³⁰ *Ibid.*, págs. 265 y ss., anexo I, documento A/CN.4/152.

¹³¹ *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 244 y 245, documento A/7610/Rev.1, párrs. 80 a 82. El plan de la Comisión, incluida la posibilidad de una tercera fase relativa a la solución de controversias, fue recibido favorablemente en general en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su examen del informe anual de la CDI (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones, anexos*, temas 86 y 94 b del programa, documento A/7746, párrs. 86 a 89).

¹³² La Comisión contempló por primera vez la posibilidad de una tercera fase dedicada a la solución de controversias en sus períodos de sesiones 37.º y 38.º, en 1985 y 1986, sobre la base de los informes sexto y séptimo del Sr. Riphagen, respectivamente (*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389, y *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1). Seguidamente se remitió al Comité de Redacción un conjunto de proyectos de artículos y un anexo correspondiente. La cuestión se siguió considerando en el 45.º período de sesiones de la Comisión, en 1993, esa vez sobre la base del quinto informe del Sr. Arangio-Ruiz (*Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/453 y Add.1 a 3), tras lo cual las disposiciones correspondientes también se remitieron al Comité de Redacción (*Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 38, párrs. 205 y 206). Los artículos pertinentes, con comentarios, fueron aprobados por la Comisión en primera lectura en su 47.º período de sesiones, en 1995 (*Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 364 (para los artículos y comentarios, véanse las páginas 77 a 85)).

¹³³ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26, párrs. 159 a 161. Véase también *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 40, párr. 221.

¹³⁴ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26, párr. 160; y *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 40, párr. 221.

¹³⁵ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 41, párrs. 223 y 225.

¹³⁶ *Ibid.*, págs. 42 y 43, párrs. 230 y 231.

¹³⁷ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26, párrs. 159 a 161. Véase también *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 40, párr. 221.

¹³⁸ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 40 y 41, párr. 222.

¹³⁹ En su primer informe, el nuevo Relator Especial, Sr. Crawford, señaló que la decisión que adoptase la Comisión sobre esta cuestión dependería en gran medida de la forma que debiera adoptar el proyecto de artículos, y sugirió que se resolviera en una etapa posterior (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), págs. 9 y 10, documento A/CN.4/490, párrs. 33, 38 y 42). El Relator Especial señaló también que «[c]ualquier sistema obligatorio de arreglo de controversias en virtud del proyecto de artículos se convierte potencialmente en un mecanismo general de arreglo de controversias entre Estados» (*ibid.*, pág. 9, párr. 33).

¹⁴⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 57.

¹⁴¹ *Ibid.*, párr. 58.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 59.

¹⁴³ *Ibid.*, pág. 24, párr. 60. En su recomendación a la Asamblea General, la Comisión especificó que consideraba que la cuestión de la solución de controversias podría ser resuelta por una conferencia internacional de plenipotenciarios, si considerase que debía proporcionarse un mecanismo jurídico para la solución de las controversias en relación con el proyecto de artículos (*ibid.*, vol. I, 2709.ª sesión, pág. 315, párr. 71).

¹⁴⁴ Véase la propuesta del Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, que se describe en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 214.

a los Estados contra los abusos del derecho de recurrir a medidas unilaterales¹⁴⁵. La Comisión decidió, en primera lectura, incluir una disposición sobre las condiciones para recurrir a las contramedidas, en virtud de la cual un Estado perjudicado que tomara ese tipo de medidas estaría sujeto especialmente a su deber anterior de negociar y cumplir con las obligaciones relativas a la solución de controversias dimanantes de la tercera parte del proyecto de artículos o cualquier otro procedimiento vinculante de solución de controversias que estuviera en vigor con el Estado infractor. En segunda lectura, sin embargo, ese texto fue criticado por considerarse que no tenía fundamento en el derecho internacional y que era indebidamente engorroso y restrictivo¹⁴⁶; por consiguiente, en el proyecto de artículos final de 2001 se aprobó una disposición simplificada¹⁴⁷.

7. PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS, 2006

63. Durante el 56.º período de sesiones de la Comisión, en 2004, el Relator Especial propuso, en su segundo informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, una serie de proyectos de principios, incluida una cláusula sobre solución de controversias que disponía un régimen de arbitraje o sometimiento de la controversia a la CIJ sobre la base de un acuerdo mutuo¹⁴⁸. Sin embargo, el texto aprobado por la Comisión en primera lectura durante el mismo período de sesiones no incluyó una cláusula de ese tipo, en el entendimiento de que la forma final del instrumento se volvería a considerar a la luz de los comentarios y observaciones que se recibieran de los gobiernos¹⁴⁹. La cuestión de la cláusula de solución de controversias se volvería examinar si la Comisión tuviera que preparar un proyecto de convención marco en el futuro¹⁵⁰.

8. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS, 2008

64. La necesidad de un régimen de solución de controversias en relación con el derecho de los acuíferos

¹⁴⁵ *Ibíd.*, págs. 41 y 42, párr. 228.

¹⁴⁶ Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Relator Especial, Sr. Crawford, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), pág. 17, documento A/CN.4/517 y Add.1, párr. 67.

¹⁴⁷ Véase el proyecto de artículo 52 y el comentario correspondiente, *ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 145 y ss.

¹⁴⁸ *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), pág. 78, párr. 38; véase también *ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 68 y ss., nota 351.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 176.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

transfronterizos se mencionó durante los debates de la Comisión en su 55.º período de sesiones, en 2003, sobre la base del primer informe sobre recursos naturales compartidos del Relator Especial, en el cual se hacía referencia a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que incluía el sometimiento obligatorio a una comisión imparcial de determinación de hechos¹⁵¹. El Relator Especial había recordado también en su primer informe que la determinación de si un régimen obligatorio de determinación de hechos era práctico se resolvía permitiendo que los Estados hicieran reservas¹⁵².

65. Los artículos propuestos por el Relator Especial en el 57.º período de sesiones de la Comisión, en 2005, no incluían ninguna cláusula general relativa a la solución de controversias, pero en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 había una opción de establecer un órgano independiente de determinación de los hechos para evaluar los efectos de las actividades proyectadas¹⁵³. Algunos miembros destacaron la necesidad de contar con disposiciones separadas sobre solución de controversias¹⁵⁴. El Relator Especial, sin embargo, puso en tela de juicio esa necesidad ya que, respecto de los acuíferos transfronterizos, a diferencia de los cursos de agua, no había una larga historia de cooperación internacional, y a que el régimen de solución de controversias adoptado en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación había quedado reflejado parcialmente en los actuales proyectos de artículos¹⁵⁵.

66. En la segunda lectura de los proyectos de artículos, realizada en el 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión recomendó que la Asamblea General adoptara un enfoque de dos fases, a saber: que tomara nota del proyecto de artículos y que considerara la posibilidad de elaborar una convención basada en el proyecto de artículos. Por consiguiente, la Comisión decidió suspender la cuestión de la inclusión de artículos sobre solución de controversias, ya que sólo serían necesarios siempre y cuando se iniciara la segunda fase¹⁵⁶.

¹⁵¹ *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 102, párr. 405. Respecto de las cláusulas de solución de controversias de esa Convención véase el párrafo 42 *supra*.

¹⁵² *Ibíd.*, vol. II (primera parte), pág. 133, documento A/CN.4/533 y Add.1, pág. 133, párrs. 10 y 11.

¹⁵³ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/551 y Add.1, pág. 100.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 60.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 29, párr. 106.

¹⁵⁶ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 54.

CAPÍTULO III

Práctica reciente de la Asamblea General en relación con las cláusulas de solución de controversias

67. De conformidad con la petición hecha por la Comisión de que la Secretaría preparara una nota sobre la historia y la práctica anterior de la Comisión en relación con las cláusulas de solución de controversias, «teniendo

en cuenta la práctica reciente de la Asamblea General», en el presente capítulo se centra la atención en los instrumentos que no fueron elaborados y adoptados sobre la base de proyectos de artículos elaborados por la Comisión.

Durante los últimos 15 años, la Asamblea General ha aprobado seis convenciones o convenios y tres protocolos que no estaban basados en proyectos preparados por la Comisión y que contenían disposiciones relativas a la solución de controversias entre las partes. Todos esos instrumentos disponen el mismo mecanismo de solución de controversias entre sus respectivas partes.

68. Los tres convenios sobre la supresión del terrorismo —el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas¹⁵⁷, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo¹⁵⁸ y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear¹⁵⁹— fueron elaborados por el Comité Especial de medidas para eliminar el terrorismo internacional¹⁶⁰. Las cláusulas relativas al arreglo pacífico de las controversias de esos instrumentos disponen que los Estados Partes se esfuercen por arreglar las controversias relativas a la aplicación e interpretación del convenio mediante negociación. Toda controversia que no pueda resolverse por negociación dentro de un período razonable podrá, a petición de cualquiera de las partes, someterse a arbitraje. Si dentro de los seis meses de la fecha de la petición las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de

las partes podrá someter la controversia a la CIJ, mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte. Los Estados partes podrán, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del convenio, hacer una reserva con respecto al procedimiento de solución de controversias.

69. Los mismos procedimientos de solución de controversias se incluyeron en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, incluidos sus tres Protocolos (el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁶¹; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁶²; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁶³), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶⁴ y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Véase el artículo 20.

¹⁵⁸ Véase el artículo 24.

¹⁵⁹ Véase el artículo 23.

¹⁶⁰ Establecido de conformidad con la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996.

¹⁶¹ Véase el artículo 20.

¹⁶² Véase el artículo 20.

¹⁶³ Véase el artículo 16.

¹⁶⁴ Véase el artículo 66.

¹⁶⁵ Véase el artículo 42.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 62.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/619	Programa provisional del 62.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2010</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/620 y Add.1	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo cuarto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/621	Recursos naturales compartidos: viabilidad del trabajo futuro en materia de petróleo y gas, del Sr. Shinya Murase	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/622 y Add.1	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Observaciones e información recibidas de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/623	Cláusulas de solución de controversias. Nota de la Secretaría	Ídem.
A/CN.4/624 y Add.1 y 2	Decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/625 y Add.1 y 2	Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/626 y Add.1	Decimosexto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/627 y Add.1	Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Cafilisch, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/628 y Add.1	Expulsión de extranjeros. Información y observaciones recibidas de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/629	Tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/630	Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>)». Estudio de la Secretaría	Ídem.
A/CN.4/631	Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/632 y Add.1	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría	A/CN.4/632, reproducido en el presente volumen; A/CN.4/632/Add.1, mimeografiado.
A/CN.4/633	Recursos naturales compartidos. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/L.760 y Add.1 a 3	Las reservas a los tratados. Texto y título de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción	Mimeografiado.
A/CN.4/L.761	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 62.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/65/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2010</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.762	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 62.º período de sesiones)	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.763 y Add.1	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.764 y Add.1 a 10	Ídem: capítulo IV (Las reservas a los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.765	Ídem: capítulo V (Expulsión de extranjeros)	Ídem.
A/CN.4/L.766 y Add.1	Ídem: capítulo VI (Efectos de los conflictos armados en los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.767 y Add.1	Ídem: capítulo VII (Protección de las personas en casos de desastre)	Ídem.
A/CN.4/L.768	Ídem: capítulo VIII (La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>))	Ídem.
A/CN.4/L.769	Ídem: capítulo IX (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.770	Ídem: capítulo X (Los tratados en el tiempo)	Ídem.
A/CN.4/L.771	Ídem: capítulo XI (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem.
A/CN.4/L.772	Ídem: capítulo XII (Recursos naturales compartidos)	Ídem.
A/CN.4/L.773 y Add.1	Ídem: capítulo XIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.774	Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>)», del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/L.775	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.776	Protección de las personas en casos de desastre. Texto y título de los proyectos de artículo 6, 7, 8 y 9 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 6, 7 y 8 de julio de 2010	Ídem.
A/CN.4/SR.3036 - A/CN.4/SR.3079	Actas resumidas provisionales de las sesiones 3036. ^a a 3079. ^a	Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2010</i> , vol. I.

United Nations publication
Sales No. S.15.V.1
ISSN 0497-9885

ISBN 978-92-1-333455-3

