A/CN.4/SER.A/2012/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2012

Volumen II
Segunda parte

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

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2012/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2012

Volumen II
Segunda parte

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

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2017

ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario*…, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario… 2011*).

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

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

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

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

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

A/CN.4/SER.A/2012/Add.l (Part 2)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.16.V.5

ISBN 978-92-1-333462-1
e-ISBN 978-92-1-058161-5

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

***Documento A/67/10.* —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones (7 de mayo a 1.º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012) 1**

Lista de documentos del 64.º período de sesiones 94

DOCUMENTO A/67/10*

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones (7 de mayo a 1.º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012)

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas y siglas		5
Nota referida a las citas		5
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen		6
Capítulo	*Párrafos*	
I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	1-12	9
A. Composición de la Comisión	2	9
B. Mesa y Mesa Ampliada	3-5	9
C. Comité de Redacción	6-7	10
D. Grupos de trabajo y grupos de estudio	8-10	10
E. Secretaría	11	10
F. Programa	12	10
II. RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 64.º PERÍODO DE SESIONES	13-27	11
III. CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN	28-29	13
A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	28	13
B. Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario	29	13
IV. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS	30-46	14
A. Introducción	30-37	14
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	38-44	15
C. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión en primera lectura	45-46	15
1. Texto del proyecto de artículos	45	15
2. Texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes	46	18
Expulsión de extranjeros		18
Comentario general		18
PRIMERA PARTE. DISPOSICIONES GENERALES		18
Artículo 1. Ámbito de aplicación		18
Comentario		18
Artículo 2. Términos empleados		19
Comentario		19
Artículo 3. Derecho de expulsión		20
Comentario		21
Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley		21
Comentario		21
Artículo 5. Motivos de expulsión		23
Comentario		23
SEGUNDA PARTE. CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS		24
Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados		24
Comentario		24
Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas		25
Comentario		25

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

Página

Artículo 8.	Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas	26
	Comentario	26
Artículo 9.	Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión	26
	Comentario	26
Artículo 10.	Prohibición de la expulsión colectiva	27
	Comentario	27
Artículo 11.	Prohibición de la expulsión encubierta	28
	Comentario	28
Artículo 12.	Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes	30
	Comentario	30
Artículo 13.	Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición	31
	Comentario	31
Tercera parte.	Protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión	31
Capítulo I.	Disposiciones generales	31
Artículo 14.	Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión	31
	Comentario	31
Artículo 15.	Obligación de no discriminar	32
	Comentario	32
Artículo 16.	Personas vulnerables	34
	Comentario	34
Capítulo II.	Protección requerida en el Estado expulsor	34
Artículo 17.	Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión	34
	Comentario	34
Artículo 18.	Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	34
	Comentario	34
Artículo 19.	Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión	35
	Comentario	35
Artículo 20.	Obligación de respetar el derecho a la vida familiar	37
	Comentario	37
Capítulo III.	Protección en relación con el Estado de destino	38
Artículo 21.	Salida hacia el Estado de destino	38
	Comentario	38
Artículo 22.	Estado de destino del extranjero objeto de expulsión	39
	Comentario	39
Artículo 23.	Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas	41
	Comentario	41
Artículo 24.	Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	41
	Comentario	41
Capítulo IV.	Protección en el estado de tránsito	43
Artículo 25.	Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión	43
	Comentario	43
Cuarta parte.	Reglas específicas de procedimiento	44
Artículo 26.	Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión	44
	Comentario	44
Artículo 27.	Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión	48
	Comentario	48
Artículo 28.	Procedimientos de recurso individual	49
	Comentario	49
Quinta parte.	Consecuencias jurídicas de la expulsión	50
Artículo 29.	Readmisión en el Estado expulsor	50
	Comentario	50
Artículo 30.	Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión	51
	Comentario	51

Página

Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita ... 53
Comentario ... 53
Artículo 32. Protección diplomática ... 55
Comentario ... 55

Capítulo *Párrafos*

V. Protección de las personas en casos de desastre ... 47-81 57
A. Introducción ... 47-52 57
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 53-80 57
1. Presentación por el Relator Especial de su quinto informe ... 57-61 58
2. Resumen del debate ... 62-74 59
a) Observaciones generales ... 62-65 59
b) Comentarios sobre el proyecto de artículo A ... 66-69 59
c) Comentarios sobre el proyecto de artículo 13 ... 70-72 60
d) Comentario sobre el proyecto de artículo 14 ... 73-74 60
3. Observaciones finales del Relator Especial ... 75-80 60
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobados hasta el momento por la Comisión ... 81 61

VI. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ... 82-139 62
A. Introducción ... 82-83 62
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 84-139 62
1. Presentación del informe preliminar de la Relatora Especial ... 86-88 62
2. Resumen del debate ... 89-136 63
a) Observaciones generales ... 89-91 63
b) Consideraciones metodológicas ... 92-104 63
i) El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación ... 92-97 63
ii) Enfoque sistémico ... 98-99 64
iii) Tendencias en derecho internacional ... 100 64
iv) Valores de la comunidad internacional ... 101-103 64
v) Identificación de las cuestiones básicas ... 104 64
c) Consideraciones sustantivas ... 105-133 65
i) Alcance del tema ... 108-111 65
ii) Empleo de determinados términos ... 112-113 66
iii) Inmunidad *ratione personae* ... 114-118 66
iv) Inmunidad *ratione materiae* ... 119-125 66
v) Posibles excepciones a la inmunidad ... 126-133 67
d) Aspectos procesales ... 134-135 68
e) Forma final ... 136 68
3. Observaciones finales de la Relatora Especial ... 137-139 68

VII. Aplicación provisional de los tratados ... 140-155 70
A. Introducción ... 140 70
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 141-155 70
Informe del Relator Especial sobre las consultas oficiosas celebradas sobre el tema ... 144-155 70

VIII. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario ... 156-202 72
A. Introducción ... 156 72
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 157-202 72
1. Presentación por el Relator Especial de su nota ... 160-168 72
2. Resumen del debate ... 169-202 73
a) Observaciones generales ... 169-172 73
b) Alcance del tema y términos empleados ... 173-177 73
c) Metodología ... 178-183 74
d) Aspectos que hay que tratar ... 184-190 74
e) Resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema ... 191 75
3. Conclusiones del Relator Especial ... 192-202 75

IX. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) ... 203-221 77
A. Introducción ... 203-105 77
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 206-221 77

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	Deliberaciones del Grupo de Trabajo	208-221	77
	a) Principales cuestiones surgidas al abordar el tema	210-213	77
	b) Relación con la jurisdicción universal	214	78
	c) Viabilidad del tema	215-219	78
	d) Fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)*	220	79
	e) Labor futura	221	79
X.	Los tratados en el tiempo	222-240	80
	A. Introducción	222-224	80
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	225-240	80
	1. Deliberaciones del Grupo de Estudio	229-239	80
	a) Conclusión del examen del segundo informe del Presidente del Grupo de Estudio	230-231	80
	b) Examen del tercer informe del Presidente del Grupo de Estudio	232-234	81
	c) Modalidades de la labor de la Comisión sobre el tema	235-239	81
	2. Conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio reformuladas a la luz de los debates celebrados en el Grupo	240	82
	1) La práctica ulterior en cuanto reflejo de una posición con respecto a la interpretación de un tratado		82
	2) Carácter específico de la práctica ulterior		82
	3) Grado de participación activa en una práctica y silencio		82
	4) Efectos de una práctica ulterior contradictoria		83
	5) Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior y los procedimientos formales de modificación o interpretación		83
	6) La práctica ulterior y la posible modificación de un tratado		83
XI.	La cláusula de la nación más favorecida	241-265	84
	A. Introducción	241-242	84
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	243-265	84
	1. Labor del Grupo de Estudio	245-249	84
	2. Deliberaciones del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones	250-265	85
	a) Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento (Sr. M. Forteau)	255-257	85
	b) La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae)	258-259	86
	c) Resumen de las deliberaciones	260-265	86
XII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	266-314	88
	A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	266	88
	B. Aplicación provisional de los tratados	267	88
	C. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario	268	88
	D. Los tratados en el tiempo	269	88
	E. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	270-289	88
	1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	272	88
	2. Programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio	273	88
	3. Examen de la resolución 66/102 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional	274-279	90
	4. Honorarios	280	90
	5. Documentación y publicaciones	281-286	91
	6. Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*	287	91
	7. Asistencia de la División de Codificación	288	91
	8. Sitios web	289	91
	F. Fecha y lugar del 65.º período de sesiones de la Comisión	290	91
	G. Cooperación con otros organismos	291-296	91
	H. Representación en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General	297-299	92
	I. Homenaje al Secretario de la Comisión	300	92
	J. Seminario de Derecho Internacional	301-314	92

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

*

* *

CEDH-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions*. Todas las sentencias y decisiones del Tribunal, incluidas las que no están publicadas en la serie, se pueden consultar en la base de datos sobre la jurisprudencia del Tribunal (HUDOC), disponible en el sitio web del Tribunal (www.echr.coe.int)
C.I.J. Recueil	Corte Internacional de Justicia, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Todas las sentencias, opiniones consultivas y providencias de la Corte están disponibles en el sitio web de la Corte (www.icj-cij.org)
C.P.J.I. série A	Corte Permanente de Justicia Internacional, *Recueil des arrêts* (n.os 1 a 24, hasta 1930 inclusive)

*

* *

En el presente volumen, 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/**.

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas y consulares	
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, n.º 8638, pág. 261.
Derechos humanos	
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Protocolo n.º 1) (París, 20 de marzo de 1952)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 11, 12 de enero de 1991.
Protocolo n.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Reconociendo Ciertos Derechos y Libertades Además de los que ya Figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1496, pág. 263. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 247, 13 de octubre de 2009.
Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1525, pág. 195. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 249, 15 de octubre de 2009.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965). Abierta a la firma en Nueva York el 7 de marzo de 1966.	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, 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. 171, y vol. 1057, pág. 407.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1642, pág. 414.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 123.
Convenio Europeo sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	Ibíd., vol. 1496, n.º 25700, pág. 3.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Ibíd., vol. 2220, n.º 39481, pág. 3.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.
Nacionalidad y apatridia	
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, n.º 2545, pág. 137. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 252, de 21 de octubre de 1978.

	Fuente
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 117.
Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, n.º 14691, pág. 45.
Comercio internacional y desarrollo	
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, n.º 814, pág. 187.
Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, n.º 31874.
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (anexo 1 B)	
Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (anexo 2)	
Aviación civil	
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 15, n.º 102, pág. 295. Véanse también OACI, Doc 7300/9 (2006) y Anexo 9, Facilitación, 13.ª ed. (julio de 2011), disponibles en el sitio web de la OACI: www.icao.int.
Derecho de los tratados	
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
Derecho aplicable a los conflictos armados	
Acuerdo en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, n.º 251, pág. 279.
Medio ambiente	
Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49, vol. III, resolución 51/229, anexo.
Derecho internacional general	
Convenio Europeo de Establecimiento (y su Protocolo) (París, 13 de diciembre de 1955)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 529, n.º 7660, pág. 141.

Capítulo I

ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra la primera parte de su 64.º período de sesiones del 7 de mayo al 1.º de junio de 2012 y la segunda parte del 2 de julio al 3 de agosto de 2012. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Maurice Kamto, Presidente de la Comisión en su 63.º período de sesiones.

A. Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Mohammed Bello Adoke (Nigeria)

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Lucius Caflisch (Suiza)

Sr. Enrique J. A. Candioti (Argentina)

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libia)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sr. Kirill Gevorgian (Federación de Rusia)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (República Popular China)

Sra. Marie G. Jacobsson (Suecia)

Sr. Maurice Kamto (Camerún)

Sr. Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sr. Donald M. McRae (Canadá)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sr. Ki Gab Park (República de Korea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Narinder Singh (India)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Stephen C. Vasciannie[1] (Jamaica)

Sr. Amos S. Wako (Kenya)

Sr. Nugroho Wisnumurti (Indonesia)

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

B. Mesa y Mesa Ampliada

3. En su sesión 3128.ª, celebrada el 7 de mayo de 2012, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Lucius Caflisch (Suiza)

Primer Vicepresidente: Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

Segundo Vicepresidente: Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Relator: Sr. Pavel Šturma (República Checa)

4. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión[2] y los Relatores Especiales[3].

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

---

[1] Por medio de una carta de fecha 22 de julio de 2012, dirigida al Presidente de la Comisión, el Sr. S. C. Vasciannie dimitió de la Comisión con efecto inmediato.

[2] Sr. E. Candioti, Sr. M. Kamto, Sr. E. Petrič, y Sr. N. Wisnumurti.

[3] Sra. C. Escobar Hernández, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. Kamto, Sr. E. Valencia-Ospina y Sr. Wood.

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3128.ª y 3141.ª, celebradas el 7 de mayo y el 5 de julio de 2012, respectivamente, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

a) *Expulsión de extranjeros*: Sr. M. D. Hmoud (Presidente), Sr. M. Kamto (Relator Especial), Sr. E. Candioti, Sr. P. Comissário Afonso, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. H. Huang, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. C. M. Peter, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. D. D. Tladi, Sr. E. Valencia-Ospina, Sr. A. Wako, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. P. Šturma (*ex officio*).

b) *Protección de las personas en casos de desastre*: Sr. M. D. Hmoud (Presidente), Sr. E. Valencia-Ospina (Relator Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. D. D. Tladi, Sr. A. S. Wako, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. P. Šturma (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 17 sesiones sobre los 2 temas indicados.

D. Grupos de trabajo y grupos de estudio

8. En su 3131.ª sesión, el 18 de mayo de 2012, la Comisión volvió a constituir los siguientes grupos de estudio, que eran de composición abierta:

a) *Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo*: Sr. G. Nolte (Presidente);

b) *Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida*: Sr. D. McRae (Presidente).

9. En su 3132.ª sesión, el 22 de mayo de 2012, la Comisión estableció el siguiente grupo de trabajo de composición abierta:

Grupo de Trabajo sobre La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*): Sr. K. Kittichaisaree (Presidente).

10. El Grupo de Planificación volvió a constituir el siguiente grupo de trabajo:

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

E. Secretaría

11. La Sra. Patricia O'Brien, Secretaria General Adjunta, Asesora Jurídica, representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia de la Asesora Jurídica, representó al Secretario General. El Sr. George Korontzis, Director Adjunto, desempeñó las funciones de Secretario Adjunto. El Sr. Trevor Chimimba y el Sr. Arnold Pronto, oficiales jurídicos superiores, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Superiores. El Sr. Gionata Buzzini, oficial jurídico, actuó como Secretario Auxiliar de la Comisión.

F. Programa

12. En su 3128.ª sesión, celebrada el 7 de mayo de 2012, la Comisión aprobó el programa provisional de su 64.º período de sesiones. El programa, modificado a la luz de las decisiones adoptadas por la Comisión en su 3132.ª sesión[4], el 22 de mayo de 2012, comprende los temas siguientes:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Expulsión de extranjeros.
3. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).
4. Protección de las personas en casos de desastre.
5. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
6. Aplicación provisional de los tratados.
7. Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario.
8. Los tratados en el tiempo.
9. La cláusula de la nación más favorecida.
10. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
11. Fecha y lugar de celebración del 65.º período de sesiones.
12. Cooperación con otros órganos.
13. Otros asuntos.

[4] Véase, *infra*, cap. XII, seccs. B y C.

Capítulo II

RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 64.º PERÍODO DE SESIONES

13. En lo concerniente al tema «Expulsión de extranjeros», la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/651), que ofrecía una visión general de los comentarios que hicieron sobre el tema los Estados y la Unión Europea en el debate que, en relación con el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones[5], se había celebrado en la Sexta Comisión durante el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General. El octavo informe también contenía varias observaciones finales formuladas por el Relator Especial, en particular sobre la forma que debe revestir el resultado final de los trabajos de la Comisión sobre el tema.

14. De resultas de su examen del tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 32 proyectos de artículo, junto con los comentarios correspondientes, sobre la expulsión de extranjeros. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que presentaran dichos comentarios y observaciones al Secretario General a más tardar el 1.º de enero de 2014 (cap. IV).

15. Por lo que respecta al tema «Protección de las personas en casos de desastre», la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/652), en el que se hacía una exposición aclaratoria sobre el deber de cooperar y se examinaban las condiciones de prestación de la asistencia y del cese de esta. Tras un debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo A, 13 y 14 propuestos por el Relator Especial.

16. Posteriormente, la Comisión tomó nota de los cinco proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, relativos a las formas de cooperación, los ofrecimientos de asistencia, las condiciones de prestación de la asistencia externa, la facilitación de la asistencia externa y el cese de la asistencia externa, respectivamente (A/CN.4/L.812) (cap. V).

17. Por lo que se refiere al tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández. Asimismo, examinó el informe preliminar (A/CN.4/654) de la Relatora Especial, que ofrecía una perspectiva general de la labor del ex Relator Especial, así como del debate celebrado sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General; enumeraba las cuestiones que habría que considerar en el presente quinquenio, con especial atención a la distinción y relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, así como el fundamento de ambas categorías; la distinción y relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, y su incidencia en la inmunidad; el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* y los aspectos de dimensión procesal vinculados a la inmunidad; y ofrecía un esquema del plan de trabajo. El debate giró, entre otras cosas, en torno a las cuestiones metodológicas y sustantivas señaladas por la Relatora Especial en el informe preliminar (cap. VI).

18. Con respecto al tema «Aplicación provisional de los tratados», la Comisión decidió incluirlo en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo. El Relator Especial presentó a la Comisión un informe oral sobre las consultas oficiosas que había presidido, con miras a iniciar un diálogo oficioso con los miembros de la Comisión sobre diversas cuestiones que podrían ser de interés para el examen de este tema. Entre los aspectos tratados en las consultas oficiosas figuraban, en particular, el alcance del tema, la metodología, el posible resultado final de los trabajos de la Comisión, así como diversas cuestiones sustantivas relacionadas con el tema (cap. VII).

19. En lo concerniente al tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario», la Comisión decidió incluirlo en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood. En la segunda parte del período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653), que tenía por objeto promover un debate inicial y se refería al posible alcance del tema y a problemas terminológicos y cuestiones de metodología, así como a diversos aspectos específicos que podrían abordarse en el examen del tema. El debate giró, entre otras cosas, en torno al alcance del tema, así como a las cuestiones metodológicas y sustantivas destacadas por el Relator Especial en su nota (cap. VIII).

20. En relación con el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que hiciera una evaluación general del tema en su conjunto, centrándose en las cuestiones relativas a su viabilidad y las medidas que debían adoptarse para seguir avanzando, a la luz del debate sobre el tema celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El Grupo de Trabajo pidió a su Presidente que preparara un documento de trabajo, que se examinaría en el 65.º período de sesiones de la Comisión, en que se analizaran las diversas perspectivas en relación con el tema

[5] Véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), en particular cap. VIII.

a la vista de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012[6], así como de cualquier otra novedad al respecto y de las observaciones formuladas en el Grupo de Trabajo y en el debate en la Sexta Comisión (cap. IX).

21. Por lo que respecta al tema «Los tratados en el tiempo», la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, que continuó su labor sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. El Grupo de Estudio concluyó su examen del segundo informe de su Presidente sobre la jurisprudencia en el marco de los regímenes especiales respecto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, examinando algunas conclusiones preliminares restantes que figuraban en dicho informe. Teniendo en cuenta los debates celebrados en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de otras seis conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio sobre las cuestiones siguientes: la práctica ulterior como reflejo de una posición relativa a la interpretación de un tratado; la especificidad de la práctica ulterior; el grado de participación activa en una práctica y el silencio; los efectos de una práctica ulterior contradictoria; el acuerdo o la práctica ulteriores y los procedimientos formales de enmienda o interpretación; y la práctica ulterior y la posible modificación de un tratado. El Grupo de Estudio también examinó el tercer informe de su Presidente sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados al margen de los procedimientos judiciales y cuasijudiciales. Por otra parte, el Grupo de Estudio examinó las modalidades de la labor de la Comisión sobre el tema y recomendó a la Comisión que cambiara su método de trabajo y nombrara un Relator Especial.

22. En el actual período de sesiones, la Comisión decidió: *a*) modificar, con efecto a partir de su 65.º período de sesiones (2013), su método de trabajo en relación con este tema según lo sugerido por el Grupo de Estudio; y *b*) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial del tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados» (cap. X).

23. Por lo que se refiere al tema «La cláusula de la nación más favorecida», la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (NMF), que continuó debatiendo sobre los factores que parecían influir en los tribunales sobre inversiones en la interpretación de las cláusulas NMF, sobre la base, entre otras cosas, de documentos de trabajo relativos a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en los acuerdos sobre inversiones y al efecto de la naturaleza mixta de los tribunales sobre inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento. El Grupo de Estudio también examinó elementos de las líneas generales de su futuro informe (cap. XI).

24. En el capítulo III figuran las cuestiones específicas sobre las que la Comisión tendría especial interés en que los gobiernos formularan comentarios en relación con temas que sigue examinando.

25. La Comisión estableció un Grupo de Planificación para que examinara su programa, procedimientos y métodos de trabajo (cap. XII, secc. E).

26. La Comisión continuó con los tradicionales intercambios de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y el Comité Jurídico Interamericano. La Comisión procedió también a un intercambio de información con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. Los miembros de la Comisión también celebraron reuniones oficiosas con otros órganos y asociaciones sobre asuntos de interés común (cap. XII, secc. G).

27. Se celebró un seminario de formación con 24 participantes de diferentes nacionalidades (cap. XII, secc. J).

[6] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 422.

Capítulo III

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

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

28. Con respecto al tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», la Comisión pide a los Estados que proporcionen información sobre su legislación y práctica nacionales en lo que concierne a las cuestiones siguientes:

a) ¿Produce la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* consecuencias jurídicas diferentes y, en tal caso, cómo son objeto de un tratamiento diferenciado?

b) ¿Qué criterios se utilizan para determinar las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*?

B. Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario

29. La Comisión solicita a los Estados información sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de elementos que pueden servir de prueba de ese derecho en una situación dada, tal como se manifiestan en:

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

b) las resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales.

Capítulo IV

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. Introducción

30. En su 56.º período de sesiones (2004), la Comisión decidió incluir el tema «Expulsión de extranjeros» en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Maurice Kamto[7]. La Asamblea General, en el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

31. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión examinó el informe preliminar del Relator Especial[8].

32. En su 58.º período de sesiones (2006), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial[9] y un memorando preparado por la Secretaría[10]. La Comisión decidió examinar el segundo informe en su siguiente período de sesiones, en 2007[11].

33. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión examinó los informes segundo y tercero[12] presentados por el Relator Especial y remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 y 2, después de ser revisados por el Relator Especial[13], y los proyectos de artículo 3 a 7[14].

34. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial[15] y decidió crear un grupo de trabajo presidido por el Sr. Donald M. McRae, para que examinara las cuestiones que planteaban la expulsión de personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la privación de la nacionalidad en relación con la expulsión[16]. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó las conclusiones del mencionado grupo de trabajo y pidió al Comité de Redacción que las tuviera en cuenta en sus trabajos[17].

35. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión examinó el quinto informe presentado por el Relator Especial[18]. A petición de la Comisión, el Relator Especial presentó una nueva versión de los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, revisados y reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria[19]. También presentó a la Comisión un nuevo proyecto de plan de trabajo con miras a reestructurar los proyectos de artículo[20]. La Comisión decidió aplazar el examen de los proyectos de artículo revisados hasta su 62.º período de sesiones[21].

36. En su 62.º período de sesiones (2010), la Comisión examinó los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión revisados y reestructurados por el Relator Especial[22] y los capítulos I a IV, secc. C, del sexto informe del Relator Especial[23], y decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 8 a 15 revisados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión[24], los proyectos de artículo A y 9[25] que figuraban en el sexto informe del Relator Especial, los proyectos de artículo B1 y C1[26] que figuraban en la adición al sexto informe y los proyectos de artículo B y A1[27] revisados por el Relator Especial en el 62.º período de sesiones.

37. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión examinó los capítulos IV, secc. D, a VIII, incluidos en la adición 2 del sexto informe, y el séptimo informe[28] del Relator Especial. Tuvo también ante sí las observaciones enviadas hasta el momento por los gobiernos[29]. La Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos

---

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

[8] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párrs. 242 a 274. Véase el informe preliminar, ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554.

[9] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[10] A/CN.4/565 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones).

[11] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 252.

[12] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581.

[13] Ibíd., vol. II (segunda parte), notas 326 y 327.

[14] Ibíd., notas 321 a 325.

[15] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594.

[16] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 170.

[17] Ibíd., párr. 171.

[18] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611.

[19] Ibíd., documento A/CN.4/617.

[20] Ibíd., documento A/CN.4/618.

[21] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 91.

[22] Véase la nota 19 *supra*.

[23] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2.

[24] Ibíd., vol. II (segunda parte), notas 1272 a 1279.

[25] Ibíd., notas 1285 y 1288.

[26] Ibíd., notas 1293 y 1294.

[27] Ibíd., notas 1290 y 1300.

[28] *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/642.

[29] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604; *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/628 y Add.1.

de artículo D1, E1, G1, H1, I1 y J1, tal como figuraban en la adición 2 del sexto informe[30]; el proyecto de artículo F1, igualmente incluido en dicha adición, tal como había sido revisado por el Relator Especial en el período de sesiones[31]; y el proyecto de artículo 8 en la versión revisada que había presentado el Relator Especial en el 62.º período de sesiones[32]. En su 63.º período de sesiones la Comisión remitió también al Comité de Redacción el resumen reestructurado del proyecto de artículos que figuraba en el capítulo II del séptimo informe presentado por el Relator Especial. En el mismo período de sesiones la Comisión tomó nota de un informe provisional del Presidente del Comité de Redacción en el que este informaba a la Comisión de los avances en la labor acerca del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en su conjunto, que estaba a punto de concluirse a fin de presentarlo a la Comisión para que lo aprobara en primera lectura en el 64.º período de sesiones[33].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

38. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/651), que examinó en su 3129.ª sesión, el 8 de mayo de 2012.

39. El octavo informe ofrecía, para comenzar, un panorama general de los comentarios formulados por los gobiernos y por la Unión Europea acerca del tema de la expulsión de extranjeros en los debates sobre el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones[34] que tuvieron lugar en la Sexta Comisión en el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General; a continuación contenía una serie de observaciones finales del Relator Especial. Al presentar el informe, el Relator Especial señaló que, a su juicio, la mayoría de los comentarios se referían al desfase entre los avances de la Comisión en el examen del tema y la información y aspectos conexos sometidos a la consideración de la Sexta Comisión en el marco del examen de informes anuales precedentes de la Comisión. Por ello, el Relator Especial se había esforzado en deshacer los malentendidos a que había dado lugar dicho desfase teniendo en cuenta, en su caso, ciertas sugerencias o proponiendo determinados ajustes en la formulación del proyecto de artículos. Dado que este ya había sido remitido al Comité de Redacción por la Comisión, era en ese marco que convendría, llegado el caso, examinar las sugerencias que, por otra parte y en lo esencial, se referían a la redacción.

40. El octavo informe se refería también a la cuestión de la forma que debía revestir el resultado final de los trabajos de la Comisión sobre el tema, cuestión que se había planteado tanto en los debates celebrados en el seno de la propia Comisión como en la Sexta Comisión. A este respecto, el Relator Especial seguía estando convencido de que muy pocos temas se prestaban tanto a la codificación como el de la expulsión de extranjeros. Así pues, deseaba que, llegado el momento, la Comisión transmitiera a la Asamblea General el resultado de sus trabajos sobre el tema de la expulsión de extranjeros en forma de un proyecto de artículos y que fuera la Asamblea la que decidiera la forma definitiva que convenía darle.

41. En sus sesiones 3134.ª y 3135.ª, el 29 de mayo de 2012, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura, en su 3135.ª sesión, un total de 32 proyectos de artículo sobre la expulsión de extranjeros (véase la sección C.1 *infra*).

42. En sus sesiones 3152.ª a 3155.ª, celebradas los días 30 y 31 de julio de 2012, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado en primera lectura (véase la sección C.2 *infra*).

43. En la 3155.ª sesión, el 31 de julio de 2012, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formulasen comentarios y observaciones, con la petición de que los hicieran llegar al Secretario General el 1.º de enero de 2014 a más tardar.

44. En su 3155.ª sesión, el 31 de julio de 2012, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Maurice Kamto, por la excelente contribución al tratamiento del tema que había realizado gracias a su labor de investigación y su vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

C. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

45. A continuación figura el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión, en primera lectura, en su 64.º período de sesiones.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Primera Parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

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

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

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

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

[30] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), notas 563 y 564 y 567 a 570.

[31] Ibíd., nota 566.

[32] Ibíd., nota 572.

[33] Ibíd., párr. 214.

[34] Véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), en particular cap. VIII.

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

Artículo 3. Derecho de expulsión

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

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

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

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley, incluidos, en particular, la seguridad nacional y el orden público.

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

4. Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.

Segunda Parte

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados

1. Un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán asimismo a todo refugiado que, encontrándose ilegalmente en el territorio del Estado, haya solicitado que se le reconozca la condición de refugiado, mientras se esté examinando esa solicitud.

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

Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas

Un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas

Las normas aplicables a la expulsión de extranjeros enunciadas en el presente proyecto de artículos se entienden sin perjuicio de otras normas relativas a la expulsión de refugiados y de apátridas previstas por el derecho.

Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión

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

Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva

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

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo.

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

Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta

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

2. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de acciones u omisiones de dicho Estado, incluidas las situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas con la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio.

Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes

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

Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición

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

Tercera Parte

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

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

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

Artículo 15. Obligación de no discriminar

1. El Estado ejercerá el derecho de expulsar a los extranjeros sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. La no discriminación se aplicará asimismo al goce por los extranjeros objeto de expulsión de sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

Artículo 16. Personas vulnerables

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

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

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

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

Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

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

Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión

1. *a*) La detención de un extranjero objeto de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

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

2. *a*) La duración de la detención no será ilimitada. Se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

***b*) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales.**

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

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

Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

1. El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión.

2. El Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar, salvo en los casos previstos por la ley y manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

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

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

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

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

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

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

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas

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

2. Un Estado que no aplica la pena de muerte no podrá expulsar a un extranjero a un Estado en el que la vida de ese extranjero estaría amenazada con la pena de muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

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

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

CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

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

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

CUARTA PARTE

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

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

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

***b*) el derecho a impugnar la resolución de expulsión;**

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

***d*) el derecho de acceso a recursos efectivos para impugnar la resolución de expulsión;**

***e*) el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente; y**

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

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

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

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

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

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución.

Artículo 28. Procedimientos de recurso individual

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

QUINTA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

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

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

Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

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

Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

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

Artículo 32. Protección diplomática

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

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

46. A continuación figura el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión, en primera lectura, en su 64.º período de sesiones.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Comentario general

1) El presente proyecto de artículos, relativo a la expulsión de extranjeros, está estructurado en cinco partes. En la primera parte, titulada «Disposiciones generales» se delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, se definen, a los efectos del proyecto, los términos clave «expulsión» y «extranjero» y seguidamente se enuncian una serie de normas generales relativas al derecho de expulsión, a la obligación de conformidad con el derecho y a los motivos de expulsión. La segunda parte del proyecto de artículos se refiere a varios casos de expulsiones prohibidas. En la tercera parte se trata de la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, primero desde un punto de vista general (cap. I) y luego de forma más específica, examinando la protección requerida en el Estado expulsor (cap. II), la protección en relación con el Estado de destino (cap. III) y la protección en el Estado de tránsito (cap. IV). La cuarta parte del proyecto de artículos se refiere a reglas específicas de procedimiento, mientras que la quinta parte trata de las consecuencias jurídicas de la expulsión.

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

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

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

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

Comentario

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

2) Al decir que el proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran legal o ilegalmente en su territorio, el párrafo 1 define el ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* del proyecto de artículos. En lo que se refiere al primer aspecto, relativo a las medidas que abarca el proyecto de artículos, simplemente se hace referencia a la «expulsión por un Estado»; no se proporciona ninguna otra indicación al respecto, puesto que el concepto de «expulsión» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*, *infra*. En

cuanto al ámbito de aplicación *ratione personae*, a saber, las personas a las que se aplica el proyecto de artículos, del párrafo 1 se desprende que el proyecto de artículos se aplica a la expulsión de extranjeros que se encuentran en el territorio del Estado expulsor, independientemente de que esa presencia sea legal o ilegal. El término «extranjero» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *b*. La categoría de los extranjeros ilegalmente presentes en el territorio del Estado expulsor abarca tanto a los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en ese territorio como a los extranjeros cuya presencia en el territorio haya pasado a ser ilegal después, en particular a raíz de una violación de la legislación del Estado expulsor relativa a las condiciones de estancia[35].

3) Desde el inicio de la labor de la Comisión sobre el tema de la «Expulsión de extranjeros», los miembros de la Comisión consideraron, en general, que el proyecto de artículos debía versar tanto sobre los extranjeros legalmente presentes como sobre los ilegalmente presentes en el territorio del Estado expulsor. El párrafo 1 del proyecto de artículo 1 refleja claramente esta posición. Sin embargo, conviene señalar desde ya que en ciertas disposiciones del proyecto de artículos se establecen distinciones entre esas dos categorías de extranjeros, en particular en lo que se refiere a los derechos que se les reconocen[36]. También cabe indicar que la inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los extranjeros cuya presencia en el territorio del Estado expulsor es ilegal debe entenderse teniendo presente la cláusula, que figura al final del proyecto de artículo 2 *a*, por la que se excluyen del ámbito de aplicación del proyecto de artículos las cuestiones relativas a la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado[37]. No obstante, se expresó la opinión de que estos proyectos de artículo deberían tratar únicamente de los extranjeros legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor, dado que las restricciones a la expulsión enunciadas en los tratados universales y regionales pertinentes solo concernían a esos extranjeros[38].

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a ciertas categorías de extranjeros, a saber, los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional. Esta disposición está destinada a excluir a ciertos extranjeros cuya salida forzosa del territorio de un Estado está regida por normas especiales del derecho internacional, es decir los diplomáticos, los agentes consulares, los funcionarios de organizaciones internacionales e incluso otros funcionarios o militares, que se encuentren en misión en el territorio de un Estado extranjero, así como, en su caso, sus familiares. Dicho de otro modo, esos extranjeros están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de artículos porque existen normas especiales de derecho internacional que establecen las condiciones en las que pueden ser compelidos a abandonar el territorio del Estado en el que se encuentran para ejercer sus funciones y que por lo tanto los eximen del procedimiento ordinario de expulsión[39].

5) En cambio, no están excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos otras categorías de extranjeros que gozan de protección especial en virtud del derecho internacional, como los refugiados, los apátridas y los trabajadores migrantes y sus familiares[40]. Ahora bien, queda entendido que la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos a esas categorías de extranjeros es sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que rijan cualquier otro aspecto de su expulsión del territorio de un Estado[41]. Las personas desplazadas, en el sentido de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas[42], tampoco quedan excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

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

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

Comentario

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

2) En el apartado *a* se enuncia una definición de la «expulsión». Esta definición refleja la distinción entre, por una parte, un acto jurídico por el que un Estado compele a una persona a abandonar su territorio (sea cual fuere, por lo demás, la denominación de ese acto en el derecho

[35] Véase, con respecto a estas cuestiones, el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 246, párrs. 50 a 56.

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

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

[38] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 32; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13; Convenio Europeo de Establecimiento, art. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 6; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12, párr. 4; y Carta Árabe de Derechos Humanos (aprobada en Túnez en mayo de 2004 en la 16.ª Cumbre de la Liga de Estados Árabes (véase CHR/NONE/2004/40/Rev.1, o bien *Boston University International Law Journal*, vol. 24, n.º 2 (2006), pág. 147)), art. 26.

[39] Las normas de derecho internacional relativas a la presencia y a la salida de esas categorías de extranjeros se exponen brevemente en el memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/565 y Corr.1, mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones), párrs. 28 a 35.

[40] Para un análisis de las normas jurídicas que ofrecen una mayor protección a ciertas categorías de extranjeros, véase el memorando de la Secretaría (ibíd.), cap. X, especialmente los párrafos 756 a 891. Para una sinopsis de las diversas categorías de extranjeros, véase también el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), págs. 245 a 255, párrs. 45 a 122.

[41] Véase, en este sentido, con respecto a los refugiados y los apátridas, la cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» que figura en el proyecto de artículo 8.

[42] Véase, por ejemplo, la resolución 59/170, de 20 de diciembre de 2004, párr. 10; véanse asimismo el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 249, párr. 72, y el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 160 a 162.

interno) y, por otra parte, un comportamiento atribuible al Estado que produzca el mismo resultado[43]. La Comisión consideró conveniente incluir esos dos supuestos en la definición de la «expulsión» a los efectos del proyecto de artículos. Sin embargo, cabe precisar que el proyecto de artículo 2 trata únicamente de la definición de la «expulsión» y no prejuzga en absoluto la cuestión de la licitud de las diversas modalidades de expulsión a las que se refiere. A este respecto, aunque la definición de la «expulsión» en el sentido del proyecto de artículos incluye las modalidades de expulsión que no adoptan la forma de un acto jurídico, estas están sujetas al régimen de la prohibición de la «expulsión encubierta» enunciada en el proyecto de artículo 11. Dicho de otro modo, el comportamiento atribuible al Estado que produce el mismo resultado que una decisión formal de expulsión corresponde a la definición de expulsión, pero constituye una forma de expulsión prohibida, porque al ser encubierta, no permite que el extranjero interesado disfrute de los derechos que le confiere una expulsión basada en un acto jurídico.

3) La condición según la cual el acto jurídico o el comportamiento que constituyen la expulsión deben ser atribuibles al Estado debe entenderse a la luz de los criterios de atribución previstos en el capítulo II de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[44].

4) El comportamiento —distinto de la adopción de una decisión formal— que podría dar lugar a una expulsión puede adoptar la forma de acciones u omisiones de parte del Estado. Las omisiones pueden consistir en particular en una actitud de tolerancia con respecto a las conductas adoptadas contra el extranjero por particulares o entidades que actúan a título privado, por ejemplo cuando el Estado se abstiene de proteger a un extranjero contra actos hostiles cometidos por actores no estatales[45]. Lo que resulta determinante a los efectos de la definición de la expulsión es que el extranjero en cuestión sea *compelido* a abandonar el territorio de un Estado a causa de un acto jurídico o de un comportamiento —activo o pasivo— atribuible a ese Estado[46]. Además, para que se trate de una expulsión en virtud de un *comportamiento* (es decir sin que se adopte una decisión formal), es esencial que quede establecida la intención del Estado en cuestión de provocar, mediante ese comportamiento, la salida del extranjero de su territorio[47].

5) Para mayor claridad, la Comisión ha juzgado conveniente precisar, en la segunda frase del apartado *a*, que el concepto de expulsión en el sentido del proyecto de artículos no incluye la extradición de un extranjero a otro Estado, ni la entrega a una jurisdicción penal internacional, ni la no admisión de un extranjero, que no sea un refugiado, en un Estado. En lo que respecta a la no admisión, conviene precisar que esta exclusión se refiere a la negativa de las autoridades de un Estado —en general las autoridades encargadas del control de la inmigración y de la vigilancia de las fronteras— de admitir a un extranjero en el territorio de ese Estado. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado con el fin de compeler a un extranjero ya presente, aunque ilegalmente, en su territorio a abandonarlo, corresponden al concepto de «expulsión», tal como se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*[48]. Esta distinción debe entenderse a la luz de la definición del ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos, que incluye, como indica explícitamente el proyecto de artículo 1, párrafo 1, tanto a los extranjeros presentes legalmente en el territorio del Estado expulsor como a aquellos cuya presencia en dicho territorio es ilegal. Además, como se indica expresamente en el proyecto del artículo 2, apartado *a*, la exclusión de las cuestiones relativas a la no admisión del ámbito del proyecto de artículos no afecta a los refugiados. Esta reserva se debe a que el proyecto de artículo 6, párrafo 3, en el que se enuncia la prohibición de la devolución (*refoulement*) en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, inevitablemente trata cuestiones de admisión.

6) En el apartado *b* del proyecto de artículo 2 se define al «extranjero» como una persona que no posee la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra. Esta definición abarca tanto a las personas nacionales de otro Estado como a las que no tienen nacionalidad de ningún Estado, es decir los apátridas[49]. De esta definición se desprende asimismo que una persona que tenga la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre en ningún caso podrá ser considerada extranjera con respecto a dicho Estado, aunque posea una o varias otras nacionalidades, ni siquiera en el caso hipotético de que una de ellas pudiera considerarse predominante, desde el punto de vista de su efectividad, con respecto a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

7) La definición de «extranjero» a los efectos del proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tiene un Estado de otorgar a ciertas categorías de extranjeros derechos especiales en materia de expulsión, permitiéndoles, en virtud de su derecho interno, que se acojan a un régimen similar o idéntico al de los nacionales[50]. No obstante, toda persona que no posea la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre se considerará extranjera a los efectos del proyecto de artículos y su expulsión de ese territorio quedará sujeta al presente proyecto de artículos.

Artículo 3. Derecho de expulsión

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de

[43] Acerca de la distinción entre la expulsión como acto jurídico formal y la expulsión como comportamiento, véase el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 268, párrs. 188 a 192.

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

[45] Véase, *infra*, el proyecto de artículo 11 y su comentario.

[46] Con respecto al concepto de «compulsión» [«coerción»] en el presente contexto, véase el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 268, párr. 193.

[47] Véanse *infra* los párrafos 3 a 7 del comentario del proyecto de artículo 11.

[48] Acerca de la distinción entre «expulsión» y «no admisión», véase el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 265, párrs. 171 a 173, así como el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 74 a 78.

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

[50] Véase, acerca de estas cuestiones, el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), págs. 256 a 261, párrs. 124 a 152.

conformidad con el presente proyecto de artículos y las demás normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 empieza por enunciar, en su primera frase, el derecho de un Estado a expulsar un extranjero de su territorio. Se trata de un derecho cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina[51]. Ese derecho se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones[52], así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones regionales[53]. Además está consagrado en el derecho interno de la mayoría de los Estados[54].

2) La segunda frase del proyecto de artículo 3 recuerda que el ejercicio de este derecho de expulsión está regulado en el presente proyecto de artículos y en las demás normas de derecho internacional aplicables. La mención expresa de los derechos humanos se justifica por la importancia que reviste su respeto en el contexto de la expulsión, importancia de la que también son muestra las numerosas disposiciones del proyecto de artículos dedicadas a diversos aspectos de la protección de los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión. Entre las «demás normas de derecho internacional aplicables» a las que está sujeto el ejercicio por un Estado de su derecho de expulsar a extranjeros y que no son objeto de disposiciones específicas del proyecto de artículos, cabe mencionar en particular ciertas limitaciones «clásicas» derivadas de las normas en materia de extranjería, en particular la prohibición de la arbitrariedad, el abuso del derecho y la denegación de justicia[55]. Entre las demás normas aplicables figuran también las normas de los instrumentos de derechos humanos relativas a la suspensión de ciertas disposiciones en situaciones excepcionales.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

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

Comentario

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

2) En primer lugar, la exigencia de la adopción de una resolución de expulsión tiene el efecto de prohibir que un Estado adopte comportamientos destinados a compeler a un extranjero a abandonar su territorio sin notificarle ninguna resolución formal en ese sentido. Tales comportamientos quedarían en el ámbito de aplicación de la prohibición de toda forma de expulsión encubierta enunciada en el proyecto de artículo 11, párrafo 1.

3) La exigencia de conformidad con la ley es, ante todo, lógica, pues se supone que la expulsión debe ejercerse en el marco del derecho[56]. No es de extrañarse, entonces, que haya amplia convergencia entre las legislaciones nacionales en el requisito mínimo de que el procedimiento de expulsión se ajuste a lo dispuesto por la ley[57]. Por lo demás, esta exigencia está bien establecida en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto universal como regional. En el ámbito universal, figura en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[58] (en lo que respecta a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado expulsor), en el artículo 22, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[59], así como en el artículo 32, párrafo 2, de la

---

[51] En cuanto al carácter indiscutido del derecho de expulsión, véase el tercer informe del Relator Especial (nota 12 *supra*), págs. 118 a 122, párrs. 1 a 23, así como los análisis que figuran en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 185 a 200.

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

[53] Con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en particular el caso *Moustaquim c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda n.º 12313/86, párr. 43, *série A n.º 193*. Véase asimismo *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas n.os 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párr. 102, *série A n.º 215*; *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda n.º 22414/93, párr. 73, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *Ahmed c. Autriche*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda n.º 25964/94, párr. 38, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI; *Bouchelkia c. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda n.º 23078/93, párr. 48, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I; y *H.L.R. c. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda n.º 24573/94, párr. 33, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III.

En lo que se refiere a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, véase en particular: comunicación n.º 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, Onzième rapport annuel d'activité, 1997-1998, párr. 20 (R. Murray y M. Evans (eds.), *Documents of the African Commission on Human and People's Rights*, Oxford y Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001, págs. 615 y ss., en particular pág. 617; disponible también en www.achpr.org, *Communications*).

[54] Véase al respecto el memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1, mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones), párr. 192.

[55] Ibíd., párrs. 201 a 298.

[56] Véanse a este respecto las consideraciones del Relator Especial en su sexto informe sobre la expulsión de extranjeros (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2), párr. 331.

[57] Ibíd., párr. 337.

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

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

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[60], y el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[61]. En el ámbito regional, conviene mencionar el artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[62], el artículo 22, párrafo 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica»[63], el artículo 1, párrafo 1, del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)[64], así como el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos[65], en que se establece la misma exigencia en lo que respecta a los extranjeros legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

4) La Comisión considera que la exigencia de conformidad con la ley debe aplicarse a toda decisión de expulsión, independientemente de si la presencia del extranjero en cuestión en el territorio del Estado expulsor es legal o no. Sin embargo, se entiende que las legislaciones nacionales pueden prever normas y procedimientos diferentes en materia de expulsión, en función del carácter legal o ilegal de esa presencia[66].

5) La exigencia de conformidad con la ley tiene un alcance absolutamente general, en el sentido que se aplica tanto a las condiciones formales como a las condiciones materiales de la expulsión[67]. Por consiguiente, su ámbito de aplicación es más amplio que el de la exigencia análoga enunciada en el proyecto de artículo 5, párrafo 2, a propósito de los motivos de expulsión.

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

> De los propios términos de las dos disposiciones citadas se desprende que la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en esos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones internacionales de ese Estado si se decide conforme a «la ley», es decir, al derecho nacional aplicable en la materia. En este caso, el respeto del derecho interno condiciona, en cierta medida, el respeto del derecho internacional[68].

7) Si bien la exigencia de conformidad con la ley es condición de licitud de toda medida de expulsión en virtud del derecho internacional, cabe preguntarse cuál es el alcance de la potestad de control, por un órgano internacional, del respeto de las normas de derecho interno en un contexto como el de la expulsión. Cabe prever que un órgano internacional actúe con cierta cautela a este respecto. A título de ejemplo se puede mencionar la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos con respecto a la expulsión por Suecia, en 1977, de una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista. Esta persona adujo ante el Comité que la resolución de expulsión no había sido adoptada «conforme a la ley» y que, por ende, no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos consideró a este respecto que la interpretación del derecho nacional era una cuestión que correspondía fundamentalmente a la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado parte interesado y que «entre las facultades o funciones del Comité no figura[ba] la de evaluar si las autoridades competentes del Estado parte en cuestión ha[bían] interpretado y aplicado la ley nacional [...], a menos que se determin[ara] que las autoridades competentes no ha[bían] interpretado o aplicado la ley de buena fe y result[ara] evidente que ha[bía] habido abuso de poder»[69]. La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado un criterio similar en lo que respecta a su potestad de control del respeto por un Estado de su derecho interno en el contexto de la expulsión[70].

---

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

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

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

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

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

[65] Esta disposición dice lo siguiente: «Ningún Estado parte expulsará a una persona que no posea su nacionalidad y se encuentre legalmente en su territorio, a no ser en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley» (véase la nota 38 *supra*).

[66] A ese respecto, véase el proyecto de artículo 26, párr. 4, *infra*.

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

[68] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 639, en particular pág. 663, párr. 65. En relación con dos aspectos importantes relativos a las garantías procesales que el derecho congoleño otorga a los extranjeros y que tienen por objeto proteger a los interesados de los riesgos de arbitrariedad, la Corte consideró que la expulsión del Sr. Diallo no se había decidido «conforme a la ley» (pág. 666, párr. 73).

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

[70] Véase el asunto *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (nota 68 *supra*). Véase también el asunto *Bozano c. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda n.º 9990/82, párr. 58, CEDH, *série A n.º 111*: «Allí donde el Convenio [Europeo de Derechos Humanos], como en su artículo 5, remite directamente al derecho interno, el cumplimiento de este forma parte integrante de los compromisos de los Estados contratantes, de suerte que el Tribunal tiene competencia para asegurarse de tal cumplimiento en caso necesario (art. 19); sin embargo, la amplitud de la tarea que incumbe al Tribunal en la materia encuentra límites en la economía del sistema europeo de protección ya que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales, en particular los tribunales, interpretar y aplicar este

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley, incluidos, en particular, la seguridad nacional y el orden público.

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

4. Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.

Comentario

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

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 5 enuncia una condición esencial en derecho internacional, a saber, la motivación de la resolución de expulsión. La obligación del Estado expulsor de indicar los motivos de una expulsión parece bien establecida en derecho internacional[71]. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional estimó que el acto por el que se impusiere la expulsión debía «ser motivado de hecho y de derecho»[72]. En su sentencia en el asunto *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia constató que la República Democrática del Congo no había cumplido esa obligación de motivación y que, en todo el procedimiento, no había aducido los motivos que hubieran podido servir de «fundamento convincente» para la expulsión del Sr. Diallo; la Corte dedujo de ello que la detención e internamiento del Sr. Diallo con miras a su expulsión eran arbitrarios. A este respecto, la Corte señaló que no podía por menos que:

> constatar que no solo la propia resolución de expulsión no estaba motivada de manera suficientemente precisa [...] sino que la República Democrática del Congo nunca estuvo en condiciones, durante todo el procedimiento, de aducir motivos que pudieran constituir un fundamento convincente para la expulsión del Sr. Diallo. [...] En vista de ello, la detención e internamiento con objeto de permitir la ejecución de esa medida de expulsión, que no tiene ningún fundamento defendible, solo pueden calificarse de arbitrarios en el sentido del artículo 9, párrafo 1, del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y del artículo 6 de la Carta Africana [de Derechos Humanos y de los Pueblos][73].

En el asunto *Amnesty International* c. *Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que Zambia había vulnerado el derecho del interesado a recibir información al no comunicarle los motivos de su expulsión. Según la Comisión, «el hecho de que no se informara a Banda ni a Chinula de las razones de la medida adoptada contra ellos supone que se les denegara el derecho a recibir información (art. 9, párr. 1)»[74].

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 enuncia la exigencia fundamental de que el motivo de expulsión esté previsto en la ley. La referencia a «la ley» debe entenderse en este caso como una referencia al derecho interno del Estado expulsor. Dicho de otro modo, el derecho internacional supedita la licitud de una resolución de expulsión a la condición de que esa resolución esté fundada en un motivo previsto por el derecho del Estado expulsor. La Comisión considera que esta exigencia se deriva del principio general de conformidad con la ley, enunciado en el proyecto de artículo 4[75]. La mención expresa, en este contexto, de la seguridad nacional y el orden público se justifica por la presencia de esos motivos de expulsión en muchas legislaciones nacionales y la frecuencia con la que se los alega para justificar una expulsión[76]. No obstante, la Comisión considera que el orden público y la seguridad nacional no son los únicos motivos de expulsión admitidos en derecho internacional; los términos «incluidos, en particular» que preceden la referencia a esos dos motivos, están destinados a remarcar este punto. A título de ejemplo, la contravención de la legislación nacional en materia de entrada y de estancia (el derecho de extranjería) constituye un motivo de expulsión previsto en muchas legislaciones nacionales que, a juicio de la Comisión, es admisible con arreglo al derecho internacional; dicho de otro modo, el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede constituir en sí un motivo suficiente de expulsión. Ahora bien, sería inútil buscar en el derecho internacional una lista de motivos de expulsión válidos que se apliquen a los extranjeros en general[77], pues esos motivos deben preverse y definirse en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, con la única reserva indicada en el párrafo 4 del proyecto de artículos, a saber, que esos motivos no deben ser contrarios al derecho internacional. A ese respecto, la Comisión observa que las legislaciones nacionales prevén un abanico bastante amplio de motivos de expulsión[78].

4) En el párrafo 3 se enuncian los criterios generales de evaluación, por el Estado expulsor, del motivo de

---

derecho (véase, entre otros, *mutatis mutandis*, la sentencia *Winterwerp*, de 24 de octubre de 1979, *série A n.º 33*, pág. 20, párr. 46)».

[71] Véase, en ese sentido, el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párr. 73. Véase también, más generalmente, el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 309 a 318.

[72] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30 (H. Wehberg (ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basilea, Éditions juridiques et sociologiques, 1957, págs. 51 y ss., en particular pág. 56).

[73] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 68 *supra*), pág. 669, párr. 82.

[74] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999, párrs. 32 y 33 (Murray y Evans (eds.) (nota 53 *supra*), pág. 749).

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

[76] Para un análisis del contenido y de los criterios de evaluación de esos dos motivos de expulsión, véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 78 a 118, así como el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 340 a 376.

[77] Véanse *infra*, sin embargo, el proyecto de artículo 6, párrafo 1, y el proyecto de artículo 7, en los que se limitan los motivos de expulsión de los refugiados y los apátridas a las «razones de seguridad nacional o de orden público», retomando así las normas que figuran en los instrumentos convencionales pertinentes.

[78] Para una descripción de esos motivos, véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 325 a 422, así como el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 73 a 209.

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

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 5 tiene por único objeto recordar la prohibición de expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional. Esta prohibición se aplicaría en particular a una expulsión basada en un motivo discriminatorio en el sentido del proyecto de artículo 15, párrafo 1, *infra*[79].

Segunda Parte

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados

1. Un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán asimismo a todo refugiado que, encontrándose ilegalmente en el territorio del Estado, haya solicitado que se le reconozca la condición de refugiado, mientras se esté examinando esa solicitud.

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 se refiere a la expulsión de refugiados, la cual está sujeta a condiciones restrictivas en virtud de las normas de derecho internacional pertinentes.

2) El término «refugiado» debe entenderse no solo a la luz de la definición general que figura en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, complementada por el artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, que elimina las restricciones geográficas y temporales que acompañaban la definición de 1951, sino también teniendo en cuenta la evolución ulterior en esta materia[80]. A este respecto, cabe mencionar en particular la definición más amplia del término «refugiado» que recoge la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969[81].

[79] Sobre la licitud de los motivos de expulsión a tenor del derecho internacional, véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 320 a 324. En este contexto, se menciona la prohibición de discriminación racial (párrs. 322 y 425 a 429) y las represalia (párr. 416). Véanse asimismo, *infra*, el proyecto de artículo 12 (Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes) y el proyecto de artículo 13 (Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición).

[80] Al respecto véase en particular el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 146 a 159, así como el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), pág. 247, párrs. 57 a 61.

[81] El artículo 1 de esta Convención dice lo siguiente:

«Artículo 1 – Definición del término “refugiado”

1. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.

2. El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

3. En el caso de personas que tengan varias nacionalidades, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cada uno de los países cuya nacionalidad posean; no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

4. En los casos siguientes la presente Convención dejará de aplicarse a toda persona que goce de la condición de refugiado:

a) si esa persona se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o

b) si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o

c) si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o

d) si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que ha abandonado o fuera del cual ha permanecido por temor de ser perseguida; o

e) si, habiendo desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales esta persona fue reconocida como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad; o

f) si ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo después de haber sido admitida como refugiado en dicho país; o

g) si ha violado gravemente los objetivos perseguidos por la presente Convención.

5. Las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a ninguna persona respecto de la cual el Estado de asilo tenga motivos fundados para considerar:

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

b) que ha cometido un delito grave de carácter no político, fuera del país de asilo, antes de ser admitida en él como refugiado;

c) que es culpable de actos contrarios a los objetivos y a los principios de la Organización de la Unidad Africana;

d) que es culpable de actos contrarios a los propósitos y los principios de las Naciones Unidas.

6. Con arreglo a la presente Convención, corresponde al Estado contratante que concede asilo determinar la condición de refugiado del solicitante de tal asilo.»

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

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 6, que no tiene equivalente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, tiene por objeto hacer extensiva la protección reconocida en el párrafo 1 a los refugiados cuya presencia en el territorio del Estado de acogida es ilegal pero que han solicitado a las autoridades competentes que se les reconozca la condición de refugiado. Como lo indica la última parte de la última frase del párrafo 2, esa protección se aplica únicamente mientras se esté examinando esa solicitud. La excepción prevista en el párrafo 2, que refleja una tendencia doctrinal y se sustenta en la práctica de ciertos Estados[82], constituiría una desviación del principio según el cual el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede justificar de por sí la expulsión de dicho extranjero. La Comisión se preguntó si convenía descartar la protección subsidiaria contemplada en el párrafo 2 en caso de que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado tuviera el objetivo manifiesto de dejar sin efecto la resolución de expulsión que pudiera dictarse contra el interesado. Tras analizar detenidamente la cuestión, la Comisión llegó a la conclusión de que no sería conveniente enunciar tal excepción pues el párrafo 2 solo se refiere a las personas que, aunque no gozan de la condición de refugiado en el Estado de que se trata, corresponden a la definición de «refugiado» en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o, en su caso, otros instrumentos pertinentes, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 1969, y, por consiguiente, deben ser reconocidas como refugiados en virtud del derecho internacional. La mayoría de los miembros de la Comisión considera que, en tal caso, no debería atribuirse ninguna importancia a los motivos que hayan incitado a la persona a solicitar que se le reconozca la condición de refugiado, ni al hecho de que esa solicitud pueda estar destinada precisamente a impedir su expulsión. En cambio, toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes está excluida de la protección que se reconoce en el proyecto de artículo 6 y puede ser expulsada por motivos distintos de los previstos en el párrafo 1, por el solo hecho de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea ilegal. En ese sentido, el párrafo 2 debe entenderse sin perjuicio del derecho de un Estado a expulsar, por razones distintas de las indicadas en el proyecto de artículo 6, al extranjero que haya presentado una solicitud manifiestamente abusiva con el fin de obtener la condición de refugiado.

5) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6, relativo a la obligación de no devolución, combina los párrafos 1 y 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. A diferencia de las demás disposiciones del presente proyecto de artículos, que no se refieren al supuesto de la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado[83], el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 abarca también ese supuesto, como lo muestra la primera parte de la frase introductoria: «Un Estado no podrá, en modo alguno, expulsar o devolver». Además, contrariamente a la protección enunciada en el párrafo 1, la que consagra el párrafo 3 se aplica a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado de acogida sea legal o ilegal. Conviene asimismo subrayar que la obligación específica de no devolución que ampara a los refugiados se enuncia sin perjuicio de que se les apliquen las normas generales que prohíben la expulsión hacia determinados Estados, enunciadas en los proyectos de artículos 23 y 24.

6) Otros aspectos relativos a la expulsión de los refugiados, incluidos los elementos que figuran en el artículo 32, párrafos 2 y 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, se rigen por la cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» que figura en el proyecto de artículo 8[84].

Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas

Un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Comentario

1) Al igual que los refugiados, los apátridas gozan, en virtud de las normas pertinentes de derecho internacional, de un régimen favorable que somete su expulsión a condiciones restrictivas. En el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, se califica de apátrida a «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»[85].

---

[82] Véase al respecto el tercer informe del Relator Especial (nota 12 *supra*), págs. 130 y 131, párrs. 69 a 74.

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

[84] Véanse las explicaciones que figuran en el comentario del proyecto de artículo 8, *infra*.

[85] Esta disposición dice lo siguiente:

«Artículo 1 – Definición del término “apátrida”

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

2. Esta Convención no se aplicará:

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

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

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

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

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

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

Con respecto a la definición del término «apátrida», véase también el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 173 a 175, así como el segundo informe del Relator Especial (nota 9 *supra*), págs. 252 y 253, párrs. 100 a 104.

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

3) El proyecto de artículo 7 no contiene una disposición análoga al párrafo 3 del proyecto de artículo 6 sobre los refugiados relativa a la obligación de no devolución. Los apátridas, al igual que cualquier otro extranjero objeto de una expulsión, gozan de la protección que se reconoce a los extranjeros en general en los proyectos de artículo 23 y 24 *infra*.

4) Como hizo en el caso de los refugiados[86], la Comisión prefirió no abordar en el proyecto de artículo 7 otros aspectos relacionados con la expulsión de apátridas, que se rigen por la cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» que figura en el proyecto de artículo 8[87].

Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas

Las normas aplicables a la expulsión de extranjeros enunciadas en el presente proyecto de artículos se entienden sin perjuicio de otras normas relativas a la expulsión de refugiados y de apátridas previstas por el derecho.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 enuncia una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» para preservar la aplicación a los refugiados y los apátridas de otras normas relativas a su expulsión previstas por el derecho y a las que no se hace referencia en los proyectos de artículo 6 y 7, respectivamente.

2) Debe entenderse que el término «derecho», utilizado en el proyecto de artículo 8, se refiere a las demás normas pertinentes de derecho internacional aplicables a los refugiados y los apátridas, así como a cualquier otra norma pertinente del derecho interno del Estado expulsor en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones internacionales que le incumben.

3) Esta cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» concierne, en particular, a las normas relativas a los requisitos de procedimiento aplicables a la expulsión de un refugiado o un apátrida que figuran, respectivamente, en el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [88] y en el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[89]. También concierne a las disposiciones del artículo 32, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [90] y del artículo 31, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[91], que obligan al Estado expulsor a conceder al refugiado o al apátrida un plazo razonable para que pueda tratar de obtener su admisión legal en otro país, y también reservan a ese Estado la facultad de adoptar durante ese plazo las medidas de orden interno que estime oportunas.

Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 se refiere al supuesto en que un Estado priva a uno de sus nacionales de su nacionalidad, convirtiéndolo así en extranjero, con el único fin de expulsarlo. La Comisión considera que tal privación de la nacionalidad, en la medida en que no tendría otra justificación que la voluntad del Estado de expulsar a la persona en cuestión, sería abusiva, e incluso arbitraria, en el sentido del artículo 15, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos[92]. Esa es la razón por la cual la Comisión decidió enunciar, en el proyecto de artículo 9, la prohibición de la privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión[93].

2) Sin duda, habría sido más sencillo decir, por ejemplo: «Un Estado no podrá privar a su nacional de su

[86] Véase *supra* el párrafo 6 del comentario del proyecto de artículo 6.

[87] Véanse las explicaciones que figuran en el comentario del proyecto de artículo 8 *infra*.

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

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

[90] Esta disposición dice lo siguiente: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado [es decir, a un "refugiado que se halle legalmente en su territorio"] 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».

[91] Esta disposición dice lo siguiente: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida [es decir, a un "apátrida que se encuentre legalmente en su territorio"] 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».

[92] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. El artículo 15 de la Declaración Universal dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Véase también el artículo 20, párrafo 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla»), así como el artículo 29, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 38 *supra*): «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a nadie se privará arbitrariamente o ilegalmente de su nacionalidad».

[93] Para un examen más general de la expulsión en caso de pérdida o privación de la nacionalidad, véase el análisis que figura en el cuarto informe del Relator Especial (nota 15 *supra*), págs. 118 y 119, párrs. 30 a 35, así como el tratamiento de esta problemática que se hace en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 892 a 916.

nacionalidad con el único fin de expulsarlo». La Comisión prefirió el enunciado actual, en que las palabras «no podrá convertir a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad», aparte de permitir establecer una conexión entre el supuesto examinado y la cuestión de la expulsión de extranjeros, desempeñan una función explicativa: describen cómo el nacional de un Estado puede convertirse en extranjero en ese Estado por la privación de su nacionalidad cuando el único fin del Estado en cuestión es expulsar a la persona de que se trata.

3) No obstante, conviene aclarar que el proyecto de artículo 9 no pretende limitar la aplicación de la legislación en materia de concesión o pérdida de la nacionalidad; por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que afecta al derecho de un Estado a privar a una persona de su nacionalidad por un motivo contemplado en la legislación de ese Estado.

4) Por otra parte, el proyecto de artículo 9 no aborda la cuestión de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales, que la Comisión ha considerado que queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, que se refiere únicamente a la expulsión de extranjeros[94].

Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva

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

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo.

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 incluye en su párrafo 1 una definición de la expulsión colectiva a los efectos del proyecto de artículos. Según esta definición, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros «como grupo». Esta definición aborda únicamente el elemento «colectivo» y debe interpretarse a la luz de la definición general de expulsión que figura en el proyecto de artículo 2, apartado *a*.

2) El párrafo 2 del proyecto de artículo 10 enuncia la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares. La Comisión no puede no reflejar en el proyecto de artículos una prohibición que figura expresamente en varios tratados internacionales de derechos humanos[95]. En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares prohíbe expresamente la expulsión colectiva de dichas personas y establece en el párrafo 1 de su artículo 22 que «[l]os trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente». En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 22, párrafo 9, que «[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros». El Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 4 que «[q]uedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». Del mismo modo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone, en el párrafo 5 de su artículo 12, que «[l]a expulsión masiva de extranjeros estará prohibida» y define, en la misma disposición, esa forma de expulsión como «aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso». Por último, la Carta Árabe de Derechos Humanos[96] estipula en su artículo 26, párrafo 2 *in fine*, que «se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos».

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

> El artículo 13 regula directamente solo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley», su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. *Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa**. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros[97].

[94] Por lo que respecta a la cuestión de la expulsión de los nacionales, véase el tercer informe del Relator Especial (nota 12 *supra*), págs. 123 a 128, párrs. 28 a 57, así como, en lo tocante especialmente a la situación de las personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple, el cuarto informe del Relator Especial (nota 15 *supra*), págs. 109 a 112, párrs. 4 a 24.

[95] Véase un análisis de la cuestión de la expulsión colectiva en el tercer informe del Relator Especial (nota 12 *supra*), págs. 134 a 140, párrs. 97 a 135, así como en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 984 a 1020.

[96] Véase la nota 38 *supra*.

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

4) La prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros enunciada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 10 debe leerse a la luz del párrafo 3, que la aclara especificando las condiciones en que se puede expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros sin que se considere que dicha medida constituye una expulsión colectiva en el sentido del proyecto de artículos. El criterio aplicado a este respecto es el *examen razonable y objetivo de la situación particular* de cada uno de los miembros del grupo. Este criterio se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[98]. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos de los no ciudadanos, el Sr. David Weissbrodt, también hizo suyo ese criterio en su informe final de 2003[99].

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 10 contiene una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» para los casos de conflicto armado. Algunos miembros de la Comisión creen que la prohibición de la expulsión colectiva también es aplicable en caso de conflicto armado y que solo cabe prever posibles excepciones a esta prohibición para los extranjeros que tengan la nacionalidad de un Estado que participe en un conflicto armado con el Estado en cuyo territorio se encuentren —y no otros extranjeros que se hallen en ese territorio— siempre que participen, como grupo, en actividades que atenten contra la seguridad del Estado. Según otra opinión expresada en la Comisión, con arreglo al derecho internacional vigente por lo general un Estado tiene derecho a expulsar colectivamente a los nacionales de otro Estado con el que mantiene un conflicto armado. Se señaló además que la cuestión de la expulsión de extranjeros durante un conflicto armado era muy compleja y que era mejor que la Comisión se abstuviera de enunciar normas que podrían no ser plenamente compatibles con las del derecho internacional humanitario. Habida cuenta de estas dificultades, la Comisión optó finalmente por incluir en el proyecto de artículos sobre la prohibición de la expulsión colectiva una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» que se refiere, en términos generales, a las normas del derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de conflicto armado en que participe el Estado expulsor[100].

Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta

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

2. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de acciones u omisiones de dicho Estado, incluidas las situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas con la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 tiene por objeto establecer que un Estado no tiene derecho a utilizar técnicas o medios encubiertos o subrepticios para lograr el mismo resultado que podría conseguir con la adopción de una decisión formal de expulsión, es decir, compeler a un extranjero a abandonar su territorio[101]. En la doctrina anglófona[102] se emplea a menudo la expresión *constructive expulsion* para designar modalidades de expulsión distintas de la adopción de una decisión formal en ese sentido. No obstante, la Comisión consideró que era difícil encontrar en otros idiomas, en particular en francés, un equivalente satisfactorio de la expresión *constructive expulsion*; además, esa expresión podía transmitir una connotación positiva no deseada. Por consiguiente, la Comisión eligió, en este contexto, la expresión «expulsión encubierta».

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 11 enuncia la prohibición de toda forma de expulsión encubierta, expresando así la convicción de la Comisión de que dicho procedimiento está prohibido por el derecho internacional en todas sus formas o modalidades. Ello se debe a que, por su naturaleza, una expulsión encubierta vulnera los

[98] Véase el asunto *Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobe la admisibilidad de la demanda n.º 45917/99, de 23 de febrero de 1999, párr. 1: «El Tribunal decide que ha de entenderse la expulsión colectiva como toda medida encaminada a obligar a los extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que esa medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo. Además, el hecho de que un cierto número de extranjeros resulte afectado por decisiones semejantes no lleva a concluir que haya una expulsión colectiva cuando cada persona interesada ha tenido la oportunidad de plantear los argumentos para objetar su expulsión a las autoridades competentes en forma individual [...]». Véase también el asunto *Čonka c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), de 5 de febrero de 2002, demanda n.º 51564/99, párr. 59 (CEDH 2002-I): «El Tribunal reiteró su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo n.º 4 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo (véase *Andric*, decisión antes citada). Eso no significa, sin embargo, que cuando se cumpla esta condición las circunstancias de la ejecución de resoluciones de expulsión no desempeñen ya ningún papel en la evaluación de la observancia del artículo 4 del Protocolo n.º 4», y párr. 63: «En suma, en ningún momento en el período entre la convocación de los interesados a la comisaría y su expulsión se dieron en el procedimiento garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada uno de los interesados se habían tomado real e individualmente en cuenta».

[99] El Relator Especial señaló lo siguiente: «Cualquier medida que obligue a no ciudadanos, como grupo, a salir de un país queda prohibida excepto cuando se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada no ciudadano perteneciente al grupo» (Los derechos de los no ciudadanos, informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la resolución 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social (E/CN.4/Sub.2/2003/23), 26 de mayo de 2003, párr. 11 (en el que se cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka c. Belgique* (véase la nota *supra*)).

[100] Véase un análisis de las normas aplicables a la expulsión de extranjeros nacionales de un Estado enemigo en caso de conflicto armado en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 93 a 106, 917 a 956 y 1020. Véanse también los análisis contenidos en los siguientes informes del Relator Especial: segundo informe (nota 9 *supra*), pág. 254, párrs. 112 a 115; tercer informe (nota 12 *supra*), págs. 137 a 140, párrs. 116 a 134; y sexto informe (nota 23 *supra*), párrs. 19 a 28.

[101] En relación con esta noción de «expulsión encubierta», véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 29 a 43. Véanse también los análisis dedicados a la noción de «expulsión implícita» (*constructive expulsion*) en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 68 a 73.

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

derechos del extranjero en cuestión, incluidos los derechos procesales enunciados en la cuarta parte del proyecto de artículos.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 11 contiene una definición de expulsión encubierta que se centra en su singularidad. Esta radica en que el Estado expulsor sin tomar una decisión formal de expulsión adopta un comportamiento con el que pretende lograr, y de hecho logra, el mismo resultado, es decir, la salida forzosa del extranjero de su territorio. Este elemento de subrepción se expresa mediante el adverbio «indirectamente», que califica la salida del extranjero como el resultado del comportamiento del Estado. Las últimas palabras del párrafo 2 pretenden indicar que la noción de «expulsión encubierta» abarca únicamente los supuestos en que la salida forzosa del extranjero es el *resultado deseado* de acciones u omisiones atribuibles al Estado. La intención del Estado que expulsa de provocar la salida del extranjero de su territorio, que es inherente a la definición de expulsión en general, sigue siendo, por lo tanto, un elemento determinante cuando la expulsión se produce de manera encubierta.

4) Esta definición de expulsión encubierta, que se basa en los elementos de la «coerción» y la «intención», parece ajustarse a los criterios aplicados al respecto por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha examinado varias reclamaciones relativas a situaciones de la misma naturaleza que las previstas en el proyecto de artículo 11. Los dos elementos esenciales de la noción de «expulsión encubierta» que surgen de las decisiones pertinentes del Tribunal se han resumido de la siguiente manera:

> Esos casos parecerían presuponer al menos: 1) que las circunstancias en el país de residencia son tales que no es razonable suponer que el extranjero tenga una alternativa real, y 2) que detrás de los hechos o actos que llevaron al extranjero a partir existe la intención de expulsarlo y, además, esos actos son atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad del Estado[103].

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

> 91. Etiopía argumentó que Eritrea era responsable, en el plano internacional, por los daños sufridos por cada etíope que había salido de Eritrea en el período comprendido en sus reclamaciones, incluidos los que no habían sido expulsados por acción directa del Gobierno. Se argumentó que muchas de las salidas habían constituido expulsiones «indirectas» o «implícitas», que eran consecuencia de acciones y políticas ilegales del Gobierno de Eritrea que generaban condiciones económicas y sociales hostiles a los etíopes. Etiopía también argumentó que las condiciones físicas en que se efectuaron las salidas a menudo eran innecesariamente duras y peligrosas. Eritrea negó que fuera jurídicamente responsable de las salidas de etíopes, con el argumento de que se trataba de elecciones individuales hechas libremente por esas personas.
>
> 92. La gran mayoría de los etíopes que abandonaron Eritrea lo hicieron después de mayo de 2000; las reclamaciones relativas a las condiciones en las que salieron del país se examinan más adelante. En cuanto a quienes se fueron antes, los datos indican que el éxodo inicial de 20.000 a 25.000 personas registrado en 1998 se debió en gran medida a factores económicos. Se trataba en muchos casos de trabajadores portuarios, la mayoría de Assab, que quedaron sin empleo cuando los puertos de Eritrea dejaron de recibir cargamentos desde Etiopía y de enviarlos a ese país. En un informe de Amnistía Internacional, que consta en las actuaciones del Tribunal, se estimó que el cierre del puerto de Assab había ocasionado la pérdida de 30.000 puestos de trabajo; Amnistía Internacional informó de que, de las personas que habían regresado a su país y fueron entrevistadas en Etiopía durante ese período, ninguna dijo que había sido expulsada. En 1999, varios miles de etíopes más abandonaron Eritrea; los datos indican que también en esos casos la motivación había sido económica. En un segundo informe de Amnistía Internacional se citó el caso de más de 3.000 etíopes que regresaron a su país a principios de 1999 debido al desempleo, a la falta de vivienda o a razones relacionadas con la guerra. En opinión de Amnistía Internacional, aparentemente esas personas no habían sido expulsadas por el Gobierno de Eritrea ni habían sido empujados a marcharse por la política del Gobierno. Un estudio elaborado por el UNICEF y la Asociación de Mujeres de Tigray en diciembre de 2001, que Etiopía presentó como prueba, también destaca que las partidas en ese período tuvieron una motivación económica[...].
>
> 93. La Comisión considera que las salidas de etíopes de Eritrea en 1999 y principios de 2000 habían sido predominantemente «voluntarias». Los etíopes que prestaron declaración describieron crecientes dificultades económicas, separaciones familiares, acoso y discriminaciones esporádicas, e incluso agresiones por parte de civiles de Eritrea. Sin embargo, a la Comisión también le llama la atención que en solo 70 declaraciones y formularios de reclamaciones los deponentes manifestaron haber abandonado el país en 1998 y 1999 y, de ellos, menos de 20 parecen considerar que fueron «expulsados o deportados».
>
> 94. Basándose en las pruebas obtenidas, la Comisión concluye que las salidas de etíopes antes de mayo de 2000 se debieron, en gran medida, a causas económicas o de otra índole, que reflejaban en muchos casos los trastornos sociales y económicos causados por la guerra, de los que el Gobierno de Eritrea no era jurídicamente responsable.
>
> 95. De los datos reunidos se desprende que, para quienes eligieron salir del país en ese período, el viaje de regreso a Etiopía o a otros destinos pudo ser difícil, especialmente para quienes salieron de Assab y regresaron a Etiopía cruzando el desierto. Sin embargo, de esos datos no se desprende que ello fuera consecuencia de acciones u omisiones de las que Eritrea sería responsable. Por lo tanto, la demanda de Etiopía fue desestimada a este respecto[104].

---

[103] D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, pág. 502 (observaciones sobre las causas juzgadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos relativas a la expulsión encubierta). En relación con esta jurisprudencia, véase también G. Gaja, «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», en J. Cardona Llorens (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3 (1999), Castellón, Aranzadi, 2000, págs. 283 a 314, en especial págs. 289 y 290, en que se citan las siguientes decisiones del Tribunal: *Short v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 14 de julio de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), págs. 76 y ss., en particular págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 19 de agosto de 1985, ibíd., vol. 9 (1985-II), págs. 10 y ss., en particular pág. 18; y *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 3 de noviembre de 1987, ibíd., vol. 17 (1987-IV), págs. 135 y ss., en particular págs. 147 y 148. Véanse también P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262; J. R. Crook, «Applicable law in international arbitration: the Iran-U.S. Claims Tribunal experience», *American Journal of International Law*, vol. 83 (1989), págs. 278 a 311, en especial págs. 308 y 309; y Cove (nota 102 *supra*), págs. 802 a 838.

[104] *Partial Award, Civilians Claims-Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 91 a 95, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (n.º de venta: B.06.V.7), págs. 277 y 278 (traducción al español tomada del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 70 y 71).

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

126. Etiopía también sostuvo que quienes salieron entre mayo y diciembre de 2000 eran víctimas de expulsión indirecta o implícita ilegal. En líneas generales, las partes expresaron opiniones ampliamente coincidentes acerca del derecho aplicable en esta materia. Ambas citaron la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que establece un umbral elevado para la responsabilidad en materia de expulsión implícita. Según los pronunciamientos de ese Tribunal acerca de la expulsión implícita, quienes abandonan un país tienen que haber experimentado condiciones tan atroces o peligrosas que la única solución realista sea salir del país. Esas condiciones deben ser resultado de las acciones o políticas del gobierno anfitrión o serle claramente atribuibles. Por último, las acciones del gobierno deben haber sido adoptadas con la intención de incitar a extranjeros a marcharse[...].

127. Según los datos reunidos, los hechos no cumplen esos criterios. La situación económica en Eritrea después de la guerra era difícil tanto para etíopes como para eritreos, pero el Gobierno de Eritrea no creó intencionalmente un marasmo económico generalizado para echar a los etíopes. La Comisión constata que el Gobierno de Eritrea adoptó medidas en el verano de 2000 que eran perjudiciales para los intereses económicos de muchos etíopes y que los etíopes eran objeto de la hostilidad de la opinión pública y víctimas de hostigamiento. Sin embargo, muchos etíopes de Eritrea evidentemente estimaron que había otras soluciones distintas de la salida del país y eligieron quedarse o postergar su partida. La Comisión concluye que el conjunto de los datos reunidos no demuestra que se haya alcanzado el elevado umbral jurídico requerido para la prueba de la pretensión de la existencia de expulsión implícita generalizada[105].

6) La Comisión examinó si convenía incluir entre los comportamientos de un Estado que pueden constituir una expulsión encubierta en el sentido del proyecto de artículo 11 el apoyo o la tolerancia manifestados por ese Estado respecto de actos cometidos por particulares a título individual o colectivo[106]. Algunos miembros de la Comisión opinaban que sería problemático incluir este tipo de situaciones en la definición de expulsión encubierta. No obstante, la Comisión consideró que el apoyo o la tolerancia manifestados por un Estado respecto de actos cometidos por particulares podían estar comprendidos en la prohibición de la expulsión encubierta si dicho apoyo o dicha tolerancia constituían «acciones u omisiones de dicho Estado... con la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio». Dicho de otro modo, el apoyo o la tolerancia del Estado expulsor deben evaluarse a la luz del criterio de la intención específica a que se hace referencia en la última parte del párrafo 2. Se entiende que deben establecerse requisitos particularmente estrictos a este respecto cuando se trata de una simple tolerancia que no viene acompañada de acciones positivas de apoyo por el Estado a los actos cometidos por particulares.

7) La Comisión considera que el elemento del apoyo o la tolerancia respecto de actos cometidos por particulares puede referirse tanto a actos cometidos por nacionales del Estado en cuestión como a actos cometidos por extranjeros que se encuentran en el territorio de ese Estado. Ese es el sentido de las palabras «sus nacionales u otras personas», que de hecho se refieren a personas tanto físicas como jurídicas.

Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 enuncia la prohibición de las expulsiones confiscatorias, es decir, las que tienen por objetivo privar ilegalmente a un extranjero de sus bienes[107]. La privación ilegal de bienes puede, en efecto, ser el fin inconfesado de la expulsión. «Por ejemplo, "el derecho" de expulsión puede ejercerse [...] para expropiar los bienes del extranjero. [...]. En ese caso, el ejercicio de esa facultad está fuertemente viciado por ese fin último ilegal que se persigue»[108]. La Comisión considera que esas expulsiones, a las que algunos Estados han recurrido en el pasado[109], son ilícitas en virtud del derecho internacional actual. Es preciso constatar que estas expulsiones, aparte de estar viciadas por lo que respecta a sus motivos[110], son incompatibles con el principio fundamental enunciado en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General en 1985, según el cual «[n]ingún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos»[111].

---

[105] *Ibíd.*, págs. 285 y 286 (traducción al español tomada del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 71); en la nota de pie de página omitida se hace referencia a los siguientes trabajos: C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 343 a 365; y G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 464 a 471.

[106] La Asociación de Derecho Internacional respondió afirmativamente a esta cuestión en su Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa. Como se señaló en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 72, la definición del término «expulsión» que figura en la Declaración también abarca situaciones en que la salida forzosa de personas se logra por medios distintos a una decisión formal de las autoridades del Estado. Esta definición incluye situaciones en las que un Estado apoya, instiga o tolera actos cometidos por sus ciudadanos con la intención de provocar la salida de algunas personas de su territorio. Según la Declaración, «[...] "expulsión" en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto, o la omisión, de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas; [...] "la omisión" puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior [...]» (International Law Association, «Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion», *Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*, Londres, 1987, pág. 13).

[107] Véase a este respecto el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 524 a 526. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 444 y 479 a 481.

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

[109] Véanse algunos ejemplos en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 524 a 526.

[110] Véase Goodwin-Gill (nota 108 *supra*), págs. 216, 217, 307 y 308.

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

2) Por otra parte, una expulsión cuyo único objetivo sea confiscar bienes al extranjero en cuestión pone en entredicho el derecho de propiedad consagrado en diversos tratados de protección de los derechos humanos[112].

Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 enuncia en términos generales la prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición[113]. Se ha podido hablar, en este contexto, de «extradición encubierta»[114]. Como indica claramente el texto del proyecto de artículo 13, la prohibición en cuestión solo se aplica mientras el procedimiento de extradición está en curso, es decir, desde el momento en que el Estado en cuyo territorio se encuentra el extranjero recibe de otro Estado una solicitud de extradición de ese extranjero hasta el momento en que las autoridades competentes del primer Estado toman una decisión definitiva y ejecutada sobre la solicitud de extradición.

2) La Comisión examinó la conveniencia de concretar el contenido del proyecto de artículo 13 indicando, por ejemplo, que si un Estado solicita la extradición de una persona, esta no puede ser expulsada al Estado que solicita la extradición ni a un tercer Estado que tenga un interés en extraditar a esa persona al Estado que solicita la extradición hasta que no haya concluido el procedimiento de extradición, salvo por motivos de orden público o de seguridad nacional[115]. Si bien algunos miembros se mostraron a favor de esta formulación, otros consideraron preferible que el proyecto de artículos se centrara en el elemento de la elusión, sin prohibir en términos demasiado absolutos la expulsión del extranjero en cuestión durante toda la duración del procedimiento de extradición. A este respecto, también se señaló que en algunos casos podía haber otros motivos distintos de la seguridad nacional y el orden público, por ejemplo la vulneración de las leyes de inmigración, que justificaran la expulsión de un extranjero objeto de una solicitud de extradición sin que por ello se pudiera deducir necesariamente que la expulsión tenía por objeto eludir un procedimiento de extradición.

Tercera parte

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

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

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

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 14 establece la obligación del Estado expulsor de tratar a todo extranjero objeto de expulsión humanamente y con el respeto debido

---

[112] Véase, a este respecto, el proyecto de artículo 30 *infra*, relativo a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión.

[113] Véase un análisis más general de la cuestión de la expulsión en relación con la extradición en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 44 a 72. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 430 a 443.

[114] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano c. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986 (nota 70 *supra*), párrs. 52 a 60, en especial la conclusión del Tribunal en el párrafo 60 de su sentencia: *La Cour arrive dès lors, en adoptant une démarche globale et en se fondant sur un faisceau d'éléments concordants, à la conclusion que la privation de liberté subie par le requérant dans la nuit du 26 au 27 octobre 1979 n'était pas «régulière», au sens de l'article 5 § 1* f*), ni compatible avec le «droit à la sûreté». Il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges avait exprimé le 15 mai 1979, et non d'une «détention» nécessaire dans le cadre normal d'une «procédure d'expulsion». A cet égard, les constatations du président du tribunal de grande instance de Paris, même dépourvues de l'autorité de la chose jugée, et du tribunal administratif de Limoges, même s'il n'avait à statuer que sur la légalité de l'arrêté du 17 septembre 1979, revêtent aux yeux de la Cour une importance capitale; elles illustrent la vigilance dont les juges français ont témoigné. Il y a donc eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention* («En consecuencia, el Tribunal, vistas todas las circunstancias del caso y basándose en una serie de elementos concordantes, llega a la conclusión de que la privación de libertad de que fue objeto el demandante en la noche del 26 al 27 de octubre de 1979 no era "legal", en el sentido del artículo 5, párrafo 1 *f*, ni compatible con el "derecho a la seguridad". Se trataba en realidad de una medida de extradición encubierta, destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges emitió el 15 de mayo de 1979, y no de una "detención cautelar" necesaria en el marco normal de un "procedimiento de expulsión". A este respecto, las conclusiones del presidente del tribunal de primera instancia de París, aunque carentes de la autoridad de cosa juzgada, y del Tribunal Administrativo de Limoges, aun cuando solo tenía que resolver sobre la legalidad del auto de 17 de septiembre de 1979, revisten a juicio del Tribunal una importancia capital; ponen de manifiesto la vigilancia de que hicieron muestra los jueces franceses. Ha habido, pues, violación del artículo 5, párrafo 1, del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]»).

[115] El proyecto de artículo propuesto inicialmente por el Relator Especial en el párrafo 72 de su sexto informe (nota 23 *supra*) en relación con esta cuestión decía así:

«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 extradición ni a un Estado que tenga un interés particular en responder favorablemente a esa solicitud.»

En el 62.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2010, el Relator Especial propuso, a fin de tener en cuenta las observaciones formuladas por algunos miembros de la Comisión, la siguiente versión revisada del proyecto de artículo 8 (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), nota 1299):

«Expulsión en relación con la extradición

Una persona solo podrá ser expulsada a un Estado que solicite su extradición, o a un Estado que tenga un interés particular en que esa persona sea extraditada al Estado que solicite la extradición, cuando se cumplan las condiciones para la expulsión que se estipulan en derecho internacional [o en las disposiciones del presente proyecto de artículos].»

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

2) Hubo divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión en cuanto a la cuestión de si la dignidad humana constituía un derecho humano específico además de ser el fundamento o la fuente de inspiración de los derechos humanos en general. La Comisión consideró apropiado enunciar en el proyecto de artículo 14 el principio general del respeto de la dignidad de todo extranjero objeto de expulsión, teniendo también en cuenta que no es infrecuente que durante el procedimiento de expulsión los extranjeros en cuestión sean sometidos a tratos humillantes que, si bien tal vez no constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes, atentan no obstante contra la dignidad humana[116].

3) La expresión «dignidad inherente al ser humano», que se ha tomado del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene por objeto indicar que la dignidad a que se hace referencia debe interpretarse como un atributo inherente a todo ser humano y debe distinguirse de una noción subjetiva de dignidad, que podría depender de sentimientos o sensibilidades personales o que eventualmente podría variar en función de factores culturales.

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 14 es un simple recordatorio del derecho de todo extranjero objeto de expulsión a que se respeten sus derechos humanos[117]. La palabra «incluidos», que precede a la referencia a los derechos humanos enunciados en el proyecto de artículos, tiene por objeto indicar que la mención específica de determinados derechos en el proyecto de artículos solo se justifica por su particular pertinencia en el contexto de la expulsión; no debe interpretarse que esta mención implica en modo alguno que es más importante respetar estos derechos que otros derechos humanos que no se mencionan en el proyecto de artículos. Huelga decir que el Estado expulsor debe respetar, con respecto al extranjero objeto de expulsión, todas las obligaciones de protección de los derechos humanos que le incumben tanto en virtud de los tratados internacionales en que es parte como en virtud del derecho internacional general. Aclarado este extremo, conviene mencionar en particular, en este contexto, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985[118].

[116] En relación con el respeto de la dignidad de todo extranjero objeto de expulsión, véase el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 68 a 72.

[117] En relación con la incidencia de los derechos humanos en el ejercicio del derecho de expulsión, véase el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), así como los análisis que figuran en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 251 a 255 y 445 a 448.

[118] Véase la nota 111 *supra*.

Artículo 15. Obligación de no discriminar

1. El Estado ejercerá el derecho de expulsar a los extranjeros sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. La no discriminación se aplicará asimismo al goce por los extranjeros objeto de expulsión de sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 versa sobre la obligación de no discriminar en el contexto de la expulsión de extranjeros[119]. La obligación de no discriminar está enunciada, con fórmulas que varían, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales[120]. Esta obligación también ha sido reconocida por la jurisprudencia en relación con la expulsión. En particular, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos la reconoció en términos generales en el asunto *Rankin*:

> El demandante que alega haber sido expulsado tiene que demostrar la ilegalidad de la acción del Estado que lo expulsó, o sea que dicha acción fue arbitraria o discriminatoria o que constituyó un incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado en virtud de los tratados[121].

Cabe mencionar asimismo el llamado caso de las *mujeres de Mauricio*, en que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que se había vulnerado el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos porque la legislación en cuestión introducía una discriminación por motivos de sexo al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad de Mauricio, pero no a los maridos de esa nacionalidad[122].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió el criterio del Comité de Derechos Humanos en el caso de las *mujeres de Mauricio* anteriormente mencionado en su sentencia dictada el 28 de mayo de 1985 en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*[123]. En efecto, el Tribunal

[119] Véanse a este respecto el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 148 a 156, y los análisis que figuran en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 256 a 286 y 482 a 487.

[120] Véase a ese respecto el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 149 a 151.

[121] *Rankin* v. *Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (nota 103 *supra*), pág. 142, párr. 22 (traducción al español tomada del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 484).

[122] Observaciones aprobadas el 9 de abril de 1981, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio* c. *Mauricio*, comunicación n.º R 9/35, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento* n.º *40* (A/36/40), anexo XIII, págs. 143 y ss., párr. 9.2.

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

declaró, por unanimidad, que cada una de las demandantes había sido víctima de discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: a diferencia de los inmigrantes varones establecidos en el Reino Unido, las demandantes no tenían derecho, en la misma situación, a obtener para sus cónyuges no nacionales permisos de entrada y residencia en el país. Tras señalar que «el avance hacia la igualdad entre los sexos es hoy en día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa», el Tribunal estimó que «una distinción basada en el sexo solo podría considerarse compatible con el Convenio por razones muy poderosas»[124]. También subrayó que el artículo 14 pretendía «impedir la discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Convenio en aquellos casos en que existen diversas maneras de cumplir las obligaciones que se derivan de él»[125]. En cambio, el Tribunal consideró que, en ese caso, el hecho de que las normas aplicables afectaran «a menos personas blancas que de otra raza» no era «motivo suficiente para atribuirles carácter racista», ya que no había ninguna «cláusula que estableciera distinciones entre personas o grupos sobre la base de su raza o de su origen étnico»[126].

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 15 prohíbe la discriminación en el ejercicio por un Estado de su derecho a expulsar extranjeros. Por cuanto la prohibición de la discriminación se refiere al ejercicio del derecho de expulsión, abarca tanto la decisión de expulsar o no como las modalidades para la toma de la decisión de expulsión y su eventual ejecución. El alcance general de la obligación de no discriminar también viene confirmado por el texto del párrafo 2 del proyecto de artículos, que indica que la obligación de no discriminar se aplica asimismo al goce por los extranjeros objeto de expulsión de sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

3) La lista de motivos de discriminación prohibidos contenida en el proyecto de artículo 15 se basa en la que figura en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la adición del motivo del «origen étnico» y de una referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional». En opinión de la Comisión, la mención expresa del «origen étnico» en el proyecto de artículos se justifica tanto por el carácter incuestionable de la prohibición de la discriminación por ese motivo en el derecho internacional actual como por la particular pertinencia de las cuestiones étnicas en el contexto de la expulsión de extranjeros. La referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» indica claramente el carácter no exhaustivo de la lista de motivos de discriminación prohibidos que figura en el proyecto de artículo 15.

4) Si bien algunos miembros de la Comisión propusieron ampliar la lista de motivos de discriminación prohibidos mediante la inclusión, entre otros, de la orientación sexual y/o la pertenencia a una minoría, otros miembros se opusieron. En particular, se señaló que podría haberse interpretado que la mención expresa de determinados motivos adicionales excluía otros de manera implícita.

5) En lo que respecta a la orientación sexual en particular, algunos miembros de la Comisión opinaron que la prohibición de toda discriminación por ese motivo ya estaba consagrada en el derecho internacional positivo, o que al menos existía una tendencia en ese sentido en la práctica internacional y en la jurisprudencia[127] que justificaría, a título de desarrollo progresivo, la inclusión de la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibidos. En cambio, otros miembros de la Comisión consideraron que esta seguía siendo una cuestión controvertida y que la prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual no estaba universalmente reconocida, en particular habida cuenta de la práctica de varios Estados que condenan, a veces incluso duramente, los comportamientos homosexuales, y de la falta de mención de ese motivo de discriminación en el texto de los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos. En todo caso, en la medida en que según la interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la referencia al «sexo» en los artículos 2, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos esta noción incluye la orientación sexual[128], algunos miembros opinaron que no era necesario mencionarla como motivo distinto entre los motivos de discriminación en razón del sexo, ya que ello podría crear confusión o redundancia.

6) Algunos miembros de la Comisión aludieron a la necesidad de reconocer posibles excepciones a la obligación de no discriminar en razón de la nacionalidad. En ese contexto, se hizo referencia a las asociaciones de Estados, como la Unión Europea, que se caracterizaban por el establecimiento de un régimen de libre circulación de sus nacionales.

7) Tras estudiar la cuestión, la Comisión consideró que la referencia en el proyecto de artículos a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» tenía suficientemente en cuenta estas diversas preocupaciones. Por una parte, el enunciado elegido permite englobar cualquier desarrollo normativo concerniente a los motivos de discriminación prohibidos que haya tenido lugar con posterioridad a la adopción del Pacto. Por otra parte, deja a salvo la posibilidad de que los Estados establezcan entre ellos regímenes jurídicos especiales, basados en el principio de la libre circulación de sus nacionales, como el de la Unión Europea.

---

[124] *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (véase la nota *supra*), párr. 78.

[125] Ibíd., párr. 82.

[126] Ibíd., párr. 85.

[127] En particular, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que debe interpretarse que la referencia al «sexo» en los artículos 2, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la orientación sexual: *Nicholas Toonen* c. *Australia*, comunicación n.º 488/1992, observaciones aprobadas el 31 de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/49/40), vol. II, págs. 234 y ss., en particular pág. 243, párr. 8.7. En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, en particular, el asunto *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, demanda n.º 33290/96, párr. 28 (CEDH 1999-IX), y el asunto *E. B. c. France*, sentencia de 22 de enero de 2008, demanda n.º 43546/02, párr. 50.

[128] Véase la nota anterior.

Artículo 16. Personas vulnerables

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 16 establece requisitos específicos en lo que respecta a la expulsión de personas vulnerables como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad o las mujeres embarazadas.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 16 tiene un alcance general. Establece la obligación del Estado que expulsa de otorgar a las personas vulnerables objeto de expulsión el trato y la protección apropiados habida cuenta de su vulnerabilidad y sus necesidades especiales. Al enunciar primero la exigencia de que esas personas sean «consideradas como tales», la Comisión ha querido indicar la importancia que reviste el reconocimiento previo de su vulnerabilidad por el Estado expulsor, puesto que es precisamente ese reconocimiento el que justificará que se les otorgue un trato y una protección particulares.

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

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 16 se refiere al caso específico de los niños y su enunciado reproduce fielmente el del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño[129]. Si bien no excluye la toma en consideración de otros factores pertinentes, el párrafo 2 exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión[130].

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

[130] Véanse los análisis que figuran en el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 121 a 127, así como en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 468 a 474.

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

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

Comentario

El proyecto de artículo 17 recuerda la obligación del Estado expulsor de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión[131]. Este derecho, que, según el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «es inherente a la persona humana», se proclama, ciertamente de manera diversa, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto de carácter universal[132] como de carácter regional[133].

Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 recuerda, en el contexto de la expulsión, la prohibición general de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes[134]. Se trata de una obligación consagrada en diversos instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional[135]. La obligación de no someter a los extranjeros a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se enuncia asimismo en la resolución 40/144 de la Asamblea General[136]. En su sentencia de 30 de noviembre de 2010, dictada en el asunto *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia recordó, con respecto a un caso de expulsión, que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes emana de una norma de derecho internacional general[137].

2) El proyecto de artículo 18 concierne solamente a la obligación del Estado expulsor mismo no someter a un extranjero a la tortura ni a tratos o penas crueles,

[131] Véase a este respecto el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 53 a 67.

[132] Véase en particular el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (nota 92 *supra*) y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[133] Véanse el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el artículo 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 38 *supra*).

[134] Véase a este respecto el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 73 a 120.

[135] Ibíd., párr. 73.

[136] Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (nota 111 *supra*), art. 6.

[137] *Ahmadou Sadio Diallo* (véase la nota 68 *supra*), párr. 87.

inhumanos o degradantes. En cambio, la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que existan motivos fundados para creer que correría peligro de ser sometido a tales tratos se enuncia en el proyecto de artículo 24 *infra*.

3) Después de reflexionar al respecto, la Comisión prefirió no abordar en el proyecto de artículos la cuestión de en qué medida la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se aplica también cuando tales tratos son infligidos no por órganos *de iure* o *de facto* del Estado sino por personas o grupos de personas que actúan a título privado. Estimó más conveniente dejar que decidieran esta cuestión los órganos de vigilancia o, llegado el caso, los tribunales que habrían de pronunciarse sobre el alcance exacto de las obligaciones derivadas de un determinado instrumento de protección de los derechos humanos[138].

Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión

1. *a*) La detención de un extranjero objeto de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

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

2. *a*) La duración de la detención no será ilimitada. Se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

***b*) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales.**

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

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

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 19 enuncia el carácter no punitivo de la detención a que sea sometido un extranjero con miras a su expulsión[139]. El apartado *a* establece el principio general según el cual esta detención no debe tener carácter punitivo, mientras que el apartado *b* enuncia una de las consecuencias de dicho principio. El apartado *b* dispone en efecto que, salvo en circunstancias excepcionales, un extranjero que esté detenido en el marco de un procedimiento de expulsión debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad. Esta garantía se reconoce a los procesados, en su condición de personas no condenadas, en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión estima que, habida cuenta del carácter no punitivo de la detención a efectos de expulsión, la garantía enunciada en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto debe concederse con mayor motivo a los extranjeros que sean sometidos a esta forma de detención. Esta opinión parece estar en consonancia con la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos en sus comentarios sobre el artículo 13 del Pacto, relativo a la expulsión. El Comité señala, en efecto, que si el procedimiento de expulsión entraña detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de libertad (arts. 9[140] y 10[141])[142]. La misma exigencia se enuncia en el principio 8 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988. Dicho principio, que abarca asimismo la detención con fines de expulsión, estipula que «[l]as personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas».

---

[138] Véanse a este respecto los elementos mencionados en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 24 *infra*.

[139] Véase a este respecto, Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/85), 30 de diciembre de 2002, párr. 43: «La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo».

[140] El artículo 9 del Pacto dispone lo siguiente:

«1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.»

[141] El artículo 10 del Pacto dispone lo siguiente:

«1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. *a*) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.»

[142] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 97 *supra*), párr. 9.

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

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

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

5) La importante cuestión de la duración de la detención, que plantea en la práctica problemas delicados[143], constituye el objeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 19, que consta de dos apartados. El apartado *a* tiene un alcance general y enuncia el principio según el cual la detención de un extranjero a efectos de expulsión está sujeta a limitaciones temporales. Por una parte, debe limitarse al período razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión y, por otra, no debe tener una duración excesiva[144]. Esas exigencias se ven confirmadas en la jurisprudencia internacional y en la legislación de diversos Estados[145] y en un gran número de resoluciones judiciales de órganos jurisdiccionales nacionales[146]. El calificativo «razonablemente necesario», que figura en la segunda frase del apartado *a*, tiene por objeto ofrecer a las autoridades administrativas y, en su caso, a un órgano judicial, un criterio para poder evaluar la necesidad y la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión.

6) El apartado *b* del párrafo 2 establece que la prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales. A pesar de las dudas expresadas por algunos miembros acerca de la aplicabilidad de esa condición en relación con el modo de hacer efectivas las normas en materia de inmigración, la Comisión consideró necesario mantener esa condición a fin de evitar posibles abusos por parte de las autoridades administrativas en lo que respecta a la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. El contenido del apartado *b* del párrafo 2 se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[147].

7) El párrafo 3 del proyecto de artículo 19 se inspira en una recomendación formulada por la Relatora Especial sobre los derechos de los trabajadores migrantes[148]. El apartado *a* de ese párrafo enuncia la condición de que la detención de un extranjero a efectos de expulsión se examine a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley. Según los términos mismos del apartado *a*, es la detención como tal, y no la decisión inicial concerniente al internamiento, lo que debe ser objeto de este examen periódico. Mientras que algunos miembros de la Comisión estimaron que la garantía enunciada en el apartado *a* del párrafo 3 es una cuestión de *lex ferenda*, otros consideraron que se derivaba de los principios actuales en materia de protección de los derechos humanos. Se subrayó asimismo que esta garantía resultaba del carácter no punitivo de la detención de un extranjero a efectos de expulsión.

8) El apartado *b* del párrafo 3 enuncia el principio según el cual debe ponerse fin a la detención en relación con la expulsión cuando la expulsión no pueda ejecutarse, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión. Mientras que prácticamente no se hicieron objeciones al principio en la Comisión, su excepción suscitó un vivo debate. Algunos miembros estimaban, en efecto, que en cuanto la ejecución de la expulsión resultaba imposible, desaparecía la razón de ser de la detención y era preciso ponerle fin. Otros miembros eran del parecer de que convenía hacer una excepción explícita en caso de que las razones de esa imposibilidad fuesen imputables

[143] Véanse a este respecto los análisis que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 262 a 273.

[144] La prohibición de toda detención de duración excesiva fue afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véase en particular el *Affaire Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa) de 15 de noviembre de 1996 (nota 53 *supra*), párr. 113: «El Tribunal recuerda, sin embargo, que solo el desarrollo del procedimiento de expulsión justifica la privación de libertad basada en esta disposición [art. 5, párr. 1 *f*)]. A falta de la diligencia debida en la conducción del proceso, la detención deja de estar justificada a tenor del artículo 5, párr. 1 *f*). [...] Es preciso determinar entonces si la duración del procedimiento de expulsión ha sido excesiva».

Véase asimismo: Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (nota 139 *supra*), párr. 35 («La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida») y párr. 75 *g* ([recomendación de] «[v]elar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida»).

[145] Véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 249 y 250 y 262 a 270. Véase asimismo el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 726 y 727.

[146] Véanse las numerosas referencias que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 252 a 261, así como en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 728 a 737.

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

[148] Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (nota 139 *supra*), párr. 75 *g*. Esta recomendación dice así:

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

al extranjero en cuestión. La Comisión optó finalmente por reconocer esta excepción, pero indicando claramente, mediante la fórmula introductoria del párrafo 3 *b*, que todo el párrafo debe entenderse a la luz del párrafo 2. Esto significa en particular que, en virtud del apartado *a* del párrafo 2, incluso en caso de que la imposibilidad de ejecutar la expulsión fuese imputable al extranjero en cuestión, la detención de este no podría tener una duración excesiva.

Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

1. El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión.

2. El Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar salvo en los casos previstos por la ley y manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión.

Comentario

1) El proyecto de artículo 20 consagra la obligación del Estado expulsor de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. La Comisión estima necesario mencionar expresamente ese derecho en el proyecto de artículos, en razón de la especial pertinencia que reviste en el contexto de la expulsión de extranjeros[149]. En efecto, por el hecho mismo de compeler a un extranjero a abandonar el territorio de un Estado, la expulsión puede afectar a la unidad de la familia de ese extranjero en caso de que, por razones diversas, los miembros de su familia no estén en condiciones de seguirle al Estado de destino. No resulta pues sorprendente comprobar que la legislación y la jurisprudencia de diversos Estados reconocen la necesidad de tener en cuenta las consideraciones familiares como posible factor restrictivo de la expulsión de extranjeros[150].

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

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

Asimismo, a tenor del artículo 5, párrafo 1 *b*, de la Declaración de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, los extranjeros gozan del derecho a la «protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia»[151].

3) En el ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en su artículo 8, párrafo 1, que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea retoma *in extenso* esta disposición en su artículo 7. Según el apartado *c* de la sección III del Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento, al pronunciarse sobre la expulsión, los Estados contratantes deberán, entre otras cosas, tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas afectadas. Y si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, partidaria por lo demás de la protección de la familia (véase su artículo 18), no contiene este derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en su artículo 11, párrafo 2, en los mismos términos que el mencionado artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Carta Árabe de Derechos Humanos[152] lo recoge igualmente en su artículo 21.

4) La necesidad de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión, enunciada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, no ofrece sin embargo a ese extranjero una protección absoluta contra la expulsión. En efecto, el párrafo 2 del proyecto de artículo 20 reconoce que ese derecho puede ser objeto de limitaciones y enuncia las condiciones a que están sujetas tales limitaciones. A ese respecto, deben darse dos condiciones acumulativas para que se considere justificada una interferencia, de resultas de una expulsión, en el ejercicio del derecho a la vida familiar.

5) La primera condición, que figura enunciada explícitamente en el artículo 8, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos e implícitamente en el artículo 17, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 21, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos, es que tal injerencia solo se produzca «en tanto en cuanto [...] esté prevista por la ley». Esto significa que la medida de expulsión ha de tener un fundamento apropiado en el derecho del Estado expulsor; en otras palabras, tiene que haberse adoptado sobre la base y a tenor de la legislación de ese Estado[153].

6) La segunda condición se refiere al «justo equilibrio» que debe mantenerse entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión. Esta noción de «justo equilibrio» se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más concretamente, en la condición según la cual una «injerencia» en la vida familiar debe constituir «una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria» en el sentido del párrafo 2 de esa disposición[154]. En el asunto *Moustaquim* c. *Bélgica*, el Tribunal estimó que la expulsión del Sr. Moustaquim no cumplía esta condición[155]. Dadas las circunstancias del caso, en particular la larga estancia

---

[149] Véanse las consideraciones sobre ese derecho que figuran en el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 128 a 147, así como en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 446 a 467.

[150] Véase a este respecto el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 466 y 467.

[151] Véase la nota 111 *supra*.

[152] Véase la nota 38 *supra*.

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

[154] Para una exposición detallada de esta jurisprudencia, véase el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 133 a 147.

[155] *Moustaquim c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 53 *supra*), párrs. 41 a 46 .

del Sr. Moustaquim en Bélgica, las relaciones establecidas por sus familiares y allegados con el país así como el intervalo relativamente largo transcurrido entre la última infracción cometida por el Sr. Moustaquim y la resolución de expulsión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la medida no era «necesaria en una sociedad democrática», ya que «no se había garantizado un justo equilibrio entre los intereses en juego, y había habido pues una desproporción entre el medio utilizado y el objetivo legítimo que se pretendía alcanzar»[156]. El Tribunal ha examinado en varias otras ocasiones la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular en los asuntos *Nasri* c. *Francia*[157], *Cruz Varas y otros* c. *Suecia*[158] y *Boultif* c. *Suiza*[159]. En este último asunto, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era necesaria «en una sociedad democrática»[160]:

El Tribunal solo ha resuelto un número limitado de casos en los que el principal obstáculo para la expulsión era que esta crearía dificultades para que los cónyuges permanecieran juntos, en particular si uno de ellos o los hijos se trasladaran a vivir en el país de origen del otro. Por lo tanto, es necesario establecer unos principios rectores para determinar si la medida en cuestión era necesaria en una sociedad democrática.

Al evaluar los criterios pertinentes en este tipo de casos, el Tribunal deberá considerar el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito y el comportamiento del demandante durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que la pareja ha vivido verdaderamente en familia; si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que inició la relación de familia, y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos. Además, el Tribunal deberá considerar la gravedad de las dificultades con que pueda tropezar el demandante en su país de origen, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no es motivo suficiente para descartar la expulsión[161].

7) El criterio del «justo equilibrio», mencionado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 20, parece también compatible con el enfoque adoptado por el Comité de Derechos Humanos al examinar la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[162].

[156] Ibíd., párrs. 41 y 46.

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

[158] *Cruz Varas et autres c. Suède*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda n.º 15576/89, en especial los párrafos 88 y 89, *série A n.º 201*.

[159] *Boultif c. Suisse*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 2 de agosto de 2001, demanda n.º 54273/00, CEDH 2001-IX.

[160] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 460.

[161] *Boultif c. Suisse* (véase la nota 159 *supra*), párr. 48.

[162] De este modo, según el Comité: «La separación de una persona de su familia por medio de su expulsión podría considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17 si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación» (comunicación n.º 558/1993, *Giosue Canepa* c. el *Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/52/40), vol. II, págs. 116 y ss. en particular pág. 123, párr. 11.4). En un asunto anterior, el Comité había afirmado lo siguiente: «[...] El Comité entiende que la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado. Por tanto, no hay infracción de los artículos 17 y 23 del Pacto» (comunicación n.º 538/1993, *Charles E. Stewart* c. *el Canadá*, dictamen de 1.º de noviembre de 1996, ibíd., págs. 46 y ss., en particular pág. 59, párr. 12.10).

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 21 se refiere, de manera general, a la protección que el Estado expulsor debe proporcionar al extranjero objeto de expulsión en relación con su salida hacia el Estado de destino[163]. Este proyecto de artículos abarca tanto el supuesto de una salida voluntaria como el de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión.

2) A tenor del párrafo 1 del proyecto de artículo 21, el Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión[164]. Aun cuando pretenda, en cierta medida, dar precedencia a la solución de una salida voluntaria del extranjero, no puede interpretarse que esta disposición autorice al Estado expulsor a ejercer presiones indebidas sobre el extranjero para que opte por una salida voluntaria antes que por una ejecución forzosa de la resolución de expulsión.

3) El párrafo 2 se refiere al supuesto de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión. Dispone que, en tal caso, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional. A este respecto conviene precisar que la expresión «traslado seguro... de conformidad con las normas de derecho internacional» se refiere tanto a la exigencia de garantizar la protección de los derechos humanos del

[163] Acerca de esta cuestión, véanse los análisis que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 403 a 417.

[164] En lo que respecta a la salida voluntaria, véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párr. 404, así como el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 697 a 701.

extranjero objeto de expulsión y de evitar cualquier uso excesivo de la fuerza contra él, como a la necesidad de garantizar, si es necesario, la seguridad de otras personas distintas del extranjero en cuestión, por ejemplo, los pasajeros de un avión utilizado por ese extranjero para trasladarse al Estado de destino.

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

> Asimismo, Lacoste reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. [...] Sin embargo, no parece que la expulsión fuera ejecutada con dureza y, a instancia del propio demandante, se amplió el plazo fijado para su salida del país[165].

Del mismo modo, en el asunto *Boffolo*, el árbitro indicó en términos generales que:

> La expulsión [...] debe ejecutarse de la manera que resulte menos perjudicial para la persona afectada[166].

En el asunto *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado de la persona humana y la obligación de ejecutar la expulsión sin indignidad ni perjuicio inútil:

> [...] [Si] la exclusión del demandante se hubiera ejecutado sin indignidad ni rigor inútil, el árbitro no tendría otra opción que desestimar su demanda.
>
> [...]
>
> Todas las pruebas indican que era un hombre de bien y que tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su expulsión y, con independencia de que se le considere como un hombre de bien o simplemente como un hombre, el derecho al respeto de su persona y a no ser objeto de ofensas a su sensibilidad era uno de sus derechos fundamentales más importantes y uno de los privilegios inestimables de la libertad. Al árbitro se le ha enseñado a considerar a la persona de otro como algo sagrado a cuya integridad no se puede ocasionar ningún menoscabo, por ligero que sea, con ira y sin causa, sin su consentimiento y que, si se comete ese hecho, cabe considerar que constituye una agresión por la que hay que pagar una indemnización de daños y perjuicios proporcional al espíritu y la naturaleza de la agresión y a la calidad del hombre que ha sido víctima de ella[167].

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

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

6) En los dos supuestos a que se refiere el proyecto de artículo 21 (salida voluntaria del extranjero o ejecución forzosa de la resolución de expulsión), el párrafo 3 exige al Estado expulsor que conceda al extranjero un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias. Las circunstancias que deben tomarse en consideración para determinar, en cada caso, cuál parecería ser un plazo razonable son de índole diversa. En particular pueden tener que ver con las relaciones (sociales, económicas o de otro tipo) que el extranjero objeto de expulsión ha establecido con el Estado expulsor, con el comportamiento del extranjero en cuestión, incluido, en su caso, el carácter de la amenaza que la presencia de ese extranjero en su territorio podría constituir para la seguridad nacional o al orden público del Estado expulsor, o incluso el riesgo de que dicho extranjero eluda a las autoridades del Estado a fin de evitar su expulsión. La exigencia de la concesión de un plazo razonable para preparar la salida debe entenderse a la luz de la necesidad de permitir al extranjero objeto de expulsión proteger de manera adecuada sus derechos de propiedad y demás intereses en el Estado expulsor[168].

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 22 versa sobre la determinación del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión[169]. En ese contexto, el párrafo 1 se refiere, en primer lugar, al Estado de nacionalidad del extranjero, ya que es indiscutible que dicho Estado tiene la obligación de recibirlo con arreglo al derecho internacional[170]. Sin embargo, ese primer párrafo reconoce también la existencia de otros posibles Estados de destino, distinguiendo entre los que podrían estar obligados, en virtud del derecho internacional, a recibir al extranjero y los que no están sujetos a dicha obligación. Esta distinción refleja, en lo que respecta a la expulsión de extranjeros, el principio incontestable según el cual un Estado no está obligado a acoger extranjeros en su territorio, salvo en los casos en que una norma de derecho internacional le imponga dicha obligación. A pesar de su carácter esencial, esta distinción no establece necesariamente un orden de prioridad en la determinación

---

[165] *Lacoste v. Mexico*, Comisión Mexicana, laudo de 4 de septiembre de 1875 (véase la nota 52 *supra*), págs. 3347 y 3348.

[166] *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 52 *supra*), pág. 534 (Ralston, árbitro).

[167] *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1.º de junio de 1903 (véase la nota 52 *supra*), pág. 732.

[168] Véase, *infra*, el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 30.

[169] Acerca de esta cuestión, véanse las consideraciones que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 462 a 518, y en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 489 a 532.

[170] Sobre esta cuestión, véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 492 a 498.

del Estado de destino de un extranjero expulsado: en otras palabras, el hecho de que se haya identificado un Estado de nacionalidad y de que, en principio, no exista ningún obstáculo jurídico para la expulsión del extranjero a ese Estado no excluye en modo alguno la posibilidad de expulsar al extranjero a otro Estado que esté obligado a recibirlo en virtud del derecho internacional o a cualquier otro Estado que acepte recibirlo. A ese respecto, la Comisión es del parecer de que el Estado expulsor, aun conservando cierto margen de discrecionalidad en esta materia, debería tomar en consideración, en la medida de lo posible, las preferencias expresadas por el extranjero expulsado a efectos de determinar el Estado de destino[171].

2) Mediante la fórmula «cualquier otro Estado que tenga la obligación de recibirlo en virtud del derecho internacional» se pretende abarcar los supuestos en que un Estado distinto del Estado de nacionalidad del extranjero expulsado estaría obligado a recibirlo en virtud de una norma de derecho internacional, ya se trate de una norma convencional que obligue a ese Estado o de una norma de derecho internacional consuetudinario[172]. Conviene mencionar, en este contexto, la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos con respecto al artículo 12, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> El alcance de la expresión «su propio país» es más amplio que el de «país de su nacionalidad»[...]. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia[173].

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 22 concierne al supuesto de que no se haya podido identificar al Estado de nacionalidad ni a ningún otro Estado que tenga la obligación de recibir al extranjero en virtud del derecho internacional. En tal caso, se dice que el extranjero podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o estancia o, cuando sea aplicable, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor. Esta última parte de la frase («al Estado desde el que entró en el Estado expulsor») debe entenderse que se refiere en primer lugar al Estado de embarque, aunque la fórmula elegida sea lo bastante amplia para abarcar también situaciones en las que un extranjero haya entrado en el territorio del Estado expulsor por otros medios que no sean el transporte aéreo. El contenido y la formulación de ese párrafo fueron objeto de un intenso debate en la Comisión. Según una de las opiniones expresadas, si no se puede identificar ningún Estado de destino de conformidad con el párrafo 1, el Estado expulsor debería autorizar al extranjero objeto de expulsión a permanecer en su territorio, ya que ningún otro Estado puede ser obligado a recibirlo. Además, subsisten discrepancias en la Comisión acerca de la cuestión de saber si algunos Estados, en particular un Estado que hubiera expedido al extranjero en cuestión un documento de viaje o un permiso de entrada o de residencia, o el Estado de embarque, tendrían la obligación de recibir al extranjero en virtud del derecho internacional, en cuyo caso se aplicaría el párrafo 1 del proyecto de artículos. Mientras que, según algunos miembros de la Comisión, un Estado que hubiera expedido un permiso de entrada o de residencia a favor de un extranjero tendría tal obligación, otros miembros estimaron que, al expedir un permiso de entrada o de residencia a un extranjero, el Estado no asumía con respecto a otros Estados ninguna obligación internacional de recibir a ese extranjero, incluido un Estado que mientras tanto hubiera expulsado a dicho extranjero de su territorio. A este respecto hubo en la Comisión quien sostuvo que el Estado que hubiese expedido tal permiso seguiría teniendo el derecho de denegar al extranjero en cuestión la autorización para regresar a su territorio, en particular invocando razones de orden público o de seguridad nacional. También se expresaron opiniones divergentes acerca de la posición del Estado de embarque. Si bien se señaló que la expulsión al Estado de embarque era una práctica común que convenía mencionar en el proyecto de artículos, se expresó también la opinión de que el Estado de embarque no tiene ninguna obligación jurídica de recibir al extranjero expulsado[174].

4) La Comisión es consciente de la importancia de los acuerdos de readmisión a la hora de determinar el Estado de destino de un extranjero expulsado. Esos acuerdos se inscriben en el extenso campo de la cooperación internacional, en el cual los Estados actúan de manera soberana en función de consideraciones diversas que no se prestan en modo alguno a la uniformidad normativa mediante la codificación. En vista de ello, la Comisión consideró que no había ningún motivo para consagrar a tales acuerdos un proyecto de artículos específico. Además, es importante subrayar que la aplicación de tales acuerdos debe hacerse en cumplimiento de las normas pertinentes de derecho internacional, en particular las relativas a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión.

5) La determinación, de conformidad con el proyecto de artículo 22, del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión debe efectuarse en cumplimiento de las obligaciones a que se refieren el proyecto de artículo 6, párrafo 3 (prohibición de la devolución (*refoulement*)), y los proyectos de artículos 23 y 24, que prohíben expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas o a un Estado en el que dicho extranjero podría ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

[171] Véanse a este respecto los análisis que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 477 y 488.

[172] Para ejemplos del primer supuesto, véase ibíd., párrs. 506 a 509.

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

[174] Parece haber diferencia de opiniones acerca de la cuestión de si el Estado expulsor incurre en responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito al expulsar a un extranjero a un Estado que no tiene ninguna obligación de recibirlo ni ha aceptado hacerlo; véase al respecto el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 595, así como el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 513 a 518.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas

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

2. Un Estado que no aplica la pena de muerte no podrá expulsar a un extranjero a un Estado en el que la vida de ese extranjero estaría amenazada con la pena de muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Comentario

1) El proyecto de artículo 23 se refiere a la protección de la vida y de la libertad del extranjero objeto de expulsión en relación con la situación en el Estado de destino. El párrafo 1 prohíbe expulsar a un extranjero «a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas» por alguno de los motivos enumerados en el proyecto de artículo 15, que establece la obligación de no discriminar. La fórmula referente a un Estado «en el que su vida o su libertad estarían amenazadas», que delimita el alcance de esta prohibición de expulsar, se ajusta al tenor del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en que se establece la prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*).

2) Los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el proyecto de artículo 15 y se reproducen en el proyecto de artículo 23 son los que figuran en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este respecto, la Comisión considera que no hay ninguna razón válida para que la lista de motivos de discriminación que figura en el proyecto de artículo 23 sea más breve que la del proyecto de artículo 15. En particular, la Comisión estimó que la lista de motivos que figura en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es demasiado restringida para el presente proyecto de artículo, que trata no solo de personas que responden a la definición de «refugiado», sino también de los extranjeros en general y en múltiples situaciones posibles.

3) Como en el caso del proyecto de artículo 15, la Comisión también debatió la cuestión de si debía incluirse la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibidos. En vista de las opiniones divergentes expresadas por los miembros de la Comisión sobre este punto, el criterio adoptado en el proyecto de artículo 15 y en el comentario de dicho proyecto de artículo se adoptó también en este caso.

4) El párrafo 2 del proyecto del artículo 23 concierne al caso particular en el que la vida del extranjero objeto de expulsión estaría amenazada en el Estado de destino por la imposición o ejecución de la pena de muerte, salvo que hubiese obtenido previamente la garantía de que no se impondría dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no sería ejecutada[175]. La posición que ha adoptado el Comité de Derechos Humanos es la de que, en virtud del artículo 6 del Pacto, un Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona a otro Estado en el que esa persona haya sido condenada a muerte, sin haber obtenido previamente garantías de que no va a ejecutarse la condena[176]. Si bien se puede considerar que, dentro de esos límites precisos, esta prohibición constituye ya una tendencia consolidada del derecho internacional, sería difícil afirmar que el derecho internacional vaya más lejos en esta materia[177].

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

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

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

Comentario

1) El enunciado del proyecto de artículo 24, que impone al Estado expulsor la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[178], se inspira en el del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,

---

[175] Acerca de la cuestión de la pena de muerte en el contexto de la expulsión, véase el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párrs. 56 a 67.

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

[177] Véanse a este respecto las explicaciones que figuran en el quinto informe del Relator Especial (nota 18 *supra*), párr. 66.

[178] En lo que respecta a esta obligación, véase ibíd., párrs. 73 a 120, así como el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 540 a 573.

de 1984[179]. El proyecto de artículo 24 amplía sin embargo el alcance de la protección ofrecida por esta disposición convencional, ya que la obligación de no expulsión enunciada en el proyecto de artículos abarca no solo la tortura sino también otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Al ampliar el alcance de la prohibición se tiene especialmente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[180]. Una recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial va en el mismo sentido[181].

2) En cuanto a la determinación de la existencia de «razones fundadas» en el sentido del proyecto de artículo 24, conviene recordar el texto del párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que exige que las autoridades competentes tengan en cuenta «todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos». Esta disposición ha sido interpretada en múltiples ocasiones por el Comité contra la Tortura creado en aplicación de esa Convención, el cual ha examinado diversas comunicaciones en que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria al artículo 3[182].

3) El Comité contra la Tortura aprobó directrices relativas al artículo 3 en su Observación general n.º 1[183]. En las directrices se indica la información que puede servir para determinar si la expulsión de un extranjero a un determinado Estado se ajusta al artículo 3:

«Aunque no es exhaustiva, convendría presentar la siguiente información:

a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos? (Véase el párrafo 2 del artículo 3.)

b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?

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

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

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

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

g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?»[184].

El Comité indicó igualmente que las razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura deben ir más allá de la pura teoría o sospecha, pero que no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable[185]. Otros elementos sobre los cuales el Comité contra la Tortura ha dado aclaraciones importantes son la existencia de un riesgo personal de ser sometido a tortura[186]; la existencia, en ese contexto, de un riesgo actual y previsible[187]; la cuestión de la expulsión posterior a un tercer estado[188]; así como el carácter absoluto de la prohibición[189].

---

[179] El artículo 3 de esta Convención dice así:

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

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

[180] Véase en particular el asunto *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (nota 53 *supra*), párrs. 72 a 107. En el párrafo 80, el Tribunal afirma lo siguiente: «La prohibición de los malos tratos enunciada en el artículo 3 es igualmente absoluta en materia de expulsión. Así pues, cada vez que se haya probado la existencia de razones fundadas para creer que una persona estaría realmente en peligro de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si fuera expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de protegerla contra tales tratos nace en caso de expulsión [...]. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta. La protección que ofrece el artículo 3 es, pues, más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 1951 [...]». Véase también el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 567 a 571.

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

[182] Para una lista de las comunicaciones pertinentes, véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 541.

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

[184] Ibíd., pág. 51, párr. 8.

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

[186] Ibíd., párr. 1: «La aplicación del artículo 3 se limita a los casos en que existen razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención». Véase también: Comité contra la Tortura, *Mutombo* c. *Suiza*, comunicación n.º 13/1993, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994, ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/49/44), pág. 52, párr. 9.3, así como otras decisiones del Comité contra la Tortura mencionadas en los párrafos 546 a 548 del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*).

[187] Véanse las decisiones del Comité contra la Tortura mencionadas en los párrafos 550 a 555 del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*).

[188] Sobre ese punto, véase la Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) del Comité contra la Tortura (nota 183 *supra*), párr. 2: «El Comité opina que la expresión "otro Estado", que figura en el artículo 3, puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada. No obstante, también puede entenderse referida a cualquier Estado al cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente al autor», así como otras decisiones del Comité contra la Tortura mencionadas en los párrafos 560 y 561 del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*).

[189] Véanse las decisiones del Comité contra la Tortura mencionadas en los párrafos 562 a 564 del memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*).

4) Como en el caso del proyecto de artículo 18[190], la Comisión prefirió no abordar en el texto del proyecto de artículo 24 los supuestos en que el riesgo de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes emane de personas o grupos de personas que actúen a título privado[191]. A este respecto, conviene recordar que, en su Observación general n.º 1, el Comité contra la Tortura se pronunció sobre esta cuestión del modo siguiente:

De conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, "un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos", solo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia[192].

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

En razón del carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye que el artículo 3 pueda aplicarse también cuando el peligro emane de personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública. Sin embargo, deberá demostrarse que el peligro existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de proporcionar una protección apropiada para conjurarlo[193].

CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

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

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

Comentario

La ejecución de una decisión de expulsión implica a menudo el tránsito del extranjero por uno o varios Estados antes de llegar al Estado de destino[194]. En el proyecto de artículo 25, la Comisión ha juzgado pues esencial recordar la obligación del Estado de tránsito de proteger los

---

[190] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 18.

[191] Véase sin embargo el texto del proyecto de artículo 15 revisado (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/617), pág. 179, que el Relator Especial había presentado a la Comisión después de los debates y cuyo párrafo 2 contenía las palabras adicionales «y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada», a fin de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *H.L.R. c. France* (nota 53 *supra*).

[192] Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) (nota 183 *supra*), párr. 3. Véanse asimismo: Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, *Mostafa Dadar* c. *el Canadá*, decisión de 23 de noviembre de 2005, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/61/44), págs. 255 y ss., en particular pág. 264, párr. 8.4; comunicación n.º 177/2001, *H. M. H. I.* c. *Australia*, decisión de 1.º de mayo de 2002, ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/57/44), pág. 159 y ss., en particular págs. 165 y 166, párr. 6.4; y comunicación *n.º* 191/2001, *S. S.* c. *los Países Bajos*, decisión de 5 de mayo de 2003, ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/58/44), págs. 121 y ss., en particular pág. 131, párr. 6.4: «[l]a cuestión de si el Estado Parte tiene obligación de abstenerse de expulsar a una persona que pueda correr el riesgo de experimentar dolores o sufrimientos graves a manos de una entidad no gubernamental, sin el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, escapa al alcance del artículo 3 de la Convención, a menos que la entidad no gubernamental ocupe y ejerza una autoridad cuasi oficial en el territorio al que se devolvería al autor de la queja [...]».

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

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

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

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

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

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

Además de lo antedicho, el Comité estima que hay dos factores que apoyan el alegato del autor de que es especialmente vulnerable al tipo de actos a que se hace referencia en el artículo 1 de la Convención. En primer lugar, el Estado Parte no ha negado la veracidad de las afirmaciones del autor de que su familia fue seleccionada especialmente como blanco por el clan hawiye, como consecuencia de lo cual fueron ejecutados su padre y su hermano, violada su hermana, y el resto de la familia obligada a huir y a trasladarse constantemente de una a otra parte del país para ocultarse. En segundo lugar, su caso ha recibido amplia publicidad y, por lo tanto, si regresara a Somalia se le podría acusar de empañar la reputación de los hawiye.»

[193] Asunto *H.L.R. c. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997 (nota 53 *supra*), párr. 40.

[194] En lo que respecta al Estado de tránsito, véanse las consideraciones que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 519 y 520.

derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. El enunciado que se ha dado a esta disposición indica claramente que el Estado de tránsito solo tiene que respetar sus propias obligaciones, derivadas de convenciones internacionales en las que es parte o de normas de derecho internacional general, y no las obligaciones que, por definición, solo vinculan al Estado expulsor.

CUARTA PARTE

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

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

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

***b*) el derecho a impugnar la resolución de expulsión;**

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

***d*) el derecho de acceso a recursos efectivos para impugnar la resolución de expulsión;**

***e*) el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente; y**

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

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

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

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

Comentario

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

2) El párrafo 1 *a* enuncia el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión. Se trata de una garantía esencial cuyo respeto por el Estado expulsor constituye una *conditio sine qua non* del ejercicio por el extranjero objeto de expulsión de sus derechos procesales. Esta condición fue incorporada explícitamente en el artículo 22, párrafo 3, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, que dispone que la decisión de expulsión «les será comunicada en un idioma que puedan entender». En 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que *[l]'acte ordonnant l'expulsion est notifié à l'expulsé* («la orden de expulsión será notificada al expulsado»[195]) y además que, *[s]i l'expulsé a la faculté de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, il doit être informé, par l'acte même, et de cette circonstance et du délai à observer* («si el expulsado tiene la facultad de recurrir a un alto tribunal judicial o administrativo, deberá ser informado, en la misma orden, tanto de esta circunstancia como del plazo que debe observarse»[196]). La obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero en cuestión está recogida en la legislación de varios Estados[197].

3) El párrafo 1 *b* enuncia el derecho a impugnar la decisión de expulsión, derecho que está bien consolidado en el derecho internacional. En el ámbito universal, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la persona amenazada de expulsión, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», el derecho a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión. Dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto [...], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», tendrá la posibilidad de «*exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión** [...]»[198]. El artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, enuncia el mismo derecho: «Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen [...]». En el plano regional, artículo 1, párrafo 1 *a*, del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone que un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida

---

[195] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30 (Wehberg (ed.) (nota 72 *supra*), pág. 56).

[196] Ibíd., art. 31.

[197] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 649.

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

de expulsión deberá poder «hacer valer las razones que se opongan a su expulsión». El artículo 3, párrafo 2, del Convenio Europeo de Establecimiento establece la misma garantía al disponer que, «[a] no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, un nacional de una Parte Contratante que resida legalmente desde hace más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte Contratante no será expulsado sin que antes se le haya permitido hacer valer las razones que pueda invocar contra su expulsión». Por último, el derecho del extranjero a impugnar su expulsión está consagrado asimismo en las legislaciones internas[199].

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

> El Comité está preocupado también porque la Junta de Inmigración y la Junta de Apelación para los Extranjeros pueden, en ciertos casos, inhibirse y declinar la jurisdicción en favor del Gobierno, con lo que se dictan decisiones de expulsión y denegación de la inmigración o el asilo sin que los interesados hayan tenido la posibilidad de ser oídos con las debidas garantías. En opinión del Comité, esta práctica puede, en determinadas circunstancias, plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto[200].

La legislación nacional de algunos Estados reconoce el derecho del extranjero a ser oído en el marco de un procedimiento de expulsión, al igual que varios tribunales nacionales[201]. En vista de las divergencias existentes en la práctica de los Estados en esta materia, no puede pretenderse que el derecho internacional reconozca al extranjero objeto de expulsión el derecho a ser oído en persona por una autoridad competente. Lo que se exige es que se reconozca al extranjero la facultad de explicar su situación y de hacer valer sus propias razones ante la autoridad competente. Según las circunstancias, un procedimiento escrito puede resultar suficiente desde la perspectiva del derecho internacional. Comentando algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre cuestiones referentes a los artículos 13 y 14 del Pacto, un autor ha escrito lo siguiente: «Aunque sería conveniente, por regla general, hacer valer en audiencia las razones contrarias a una expulsión inminente, el artículo 13, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 3 *d*, no consagra el derecho del extranjero a comparecer personalmente»[202].

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

> El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero [...] *someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas**[203].

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

> Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional»[204].

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

> A juicio del Comité, las facultades discrecionales del Ministro del Interior de ordenar sin garantías la expulsión de cualquier extranjero, si así lo exigen la seguridad y el interés público, plantean problemas en lo que respecta al artículo 13 del Pacto, sobre todo si el extranjero ha entrado en territorio sirio de manera legal y ha obtenido un permiso de residencia. Las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirias no constituyen una solución satisfactoria por lo que respecta al Pacto[205].

El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo contra la violación de cualquiera de los derechos o libertades

---

[199] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 618.

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

[201] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 621 y 622.

[202] M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2.ª ed. rev., Kehl, N. P. Engel Publisher, 2005, pág. 297 (citando las comunicaciones *M. F.* c. *los Países Bajos*, n.º 173/1984 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/40/40)), párr. 4; *V. M. R. B.* c. *el Canadá*, n.º 236/1987 (ibíd., *cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/43/40)); *Eric Hammel* c. *Madagascar*, n.º 155/1983 (ibíd., *cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/42/40)), párrs. 19.2 y 20; y *Pierre Giry* c. *la República Dominicana*, n.º 193/1985 (véase la nota 198 *supra*), párrs. 5.5 y 6).

[203] Artículo citado en la comunicación n.º 193/1985 del Comité de Derechos Humanos *Pierre Giry* c. *la República Dominicana* (véase la nota 198 *supra*), pág. 44, párr. 5.5. (El Comité estimó que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no permitir al interesado hacer examinar su caso por una autoridad competente.)

[204] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 97 *supra*), pág. 121, párr. 10. En *Eric Hammel* c. *Madagascar*, comunicación n.º 155/1983, dictamen de 3 de abril de 1987 (véase la nota 202 *supra*), párr. 19.2, pág. 147, el Comité estimó que el demandante no había tenido acceso a un recurso efectivo para impugnar su expulsión. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (nota 68 *supra*), pág. 666, párr. 74.

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

enunciados en el Convenio, especialmente en caso de expulsión[206]:

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

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

En semejante caso, dado el carácter irreversible del daño que podría producirse si se materializaba el riesgo de malos tratos y vista la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3, la idea de un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 exige examinar con plena independencia el argumento de que existen razones fundadas para temer un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3. En este examen no debe tenerse en cuenta lo que el interesado pueda haber hecho para justificar la expulsión ni cualquier amenaza a la seguridad nacional que pueda percibir el Estado expulsor[207].

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

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

[...]

b) hacer que se examine su caso, y

[...]

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

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

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

El artículo 83 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el artículo 9, párrafo 5, del Convenio Europeo sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes, y el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos[208] exigen también que la resolución de expulsión pueda ser recurrida. Este derecho de recurso ha sido reconocido en términos prácticamente idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la Asamblea General en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea:

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

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

[...] [l]os no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos[209].

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

La Comisión no desea poner ni pone en tela de juicio el derecho de todo Estado a ejercitar una acción judicial contra inmigrantes ilegales y expulsarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes lo deciden. No obstante, considera inadmisible expulsar a individuos sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante los tribunales nacionales competentes, por cuanto ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta [Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos] y al derecho internacional[210].

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

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

[...]

---

[206] En cambio, la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en casos de expulsión no está tan clara: «Cuando no entre en consideración ninguno de los derechos enunciados en el Convenio, solo se aplican las garantías procesales relativas a los recursos en general. Si bien el artículo 6 se refiere solamente a los recursos relativos a "derechos y obligaciones de carácter civil" y a "cualquier acusación en materia penal", el Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido de que incluye sanciones disciplinarias. Debe entenderse asimismo que están comprendidas medidas tales como la expulsión, que afectan de modo significativo a las personas» (Gaja (nota 103 *supra*), págs. 309 y 310).

[207] *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 53 *supra*), párr. 151.

[208] Véase la nota 38 *supra*.

[209] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general n.º 30 (véase la nota 181 *supra*), párr. 25. Véanse también las observaciones finales del Comité relativas a Francia, 1.º de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18* (A/49/18), párr. 144 (derecho de apelación).

[210] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 159/96, párr. 20 (Murray y Evans (eds.) (nota 53 *supra*), pág. 617).

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

[...]

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

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

...

a) El derecho de someter a la consideración de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados...»

53. Al denegar al Sr. Chinula la posibilidad de recurrir la orden de su expulsión, el Gobierno de Zambia le ha privado del derecho a defender su causa ante un tribunal imparcial, en violación de todas las leyes nacionales de Zambia y las normas internacionales de derechos humanos[211].

6) El párrafo 1 *e*, cuyo tenor se basa en el del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia el derecho del extranjero objeto de expulsión a hacerse representar ante la autoridad competente. La Comisión opina que, desde el punto de vista del derecho internacional, ese derecho no entraña necesariamente, en el contexto de un procedimiento de expulsión, el derecho a hacerse representar por un abogado.

7) La Comisión estima que el derecho del extranjero a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente, que se enuncia en el párrafo 1 *f* y está reconocido en la legislación de varios Estados[212], es un componente esencial del derecho a ser oído que se reconoce en el párrafo 1 *c*. Es también del todo pertinente en lo que respecta al derecho a la notificación de la resolución de expulsión y al derecho a impugnar esa resolución, a los que se refieren los párrafos 1 *a* y 1 *b* del presente proyecto de artículos. Cabe señalar a este respecto la preocupación expresada por el Comité de los Derechos del Niño acerca del «maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a [...] servicios de interpretación»[213]. La Comisión estima que la gratuidad de la interpretación es necesaria para el ejercicio efectivo, por el extranjero en cuestión, de sus derechos procesales. A este respecto, incumbe al extranjero indicar a las autoridades competentes el idioma o los idiomas que es capaz de comprender. Sin embargo, la Comisión considera que no puede interpretarse que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete incluya el derecho a conseguir la traducción de documentos que pueden ser voluminosos, ni la interpretación a un idioma que no es de uso corriente en la región en que se encuentre el Estado o en el ámbito internacional, siempre que ello no impida que la audiencia sea imparcial. El texto del párrafo 1 *f* está calcado del artículo 14, párrafo 3 *f*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia ese derecho en el contexto de un proceso penal.

8) La Comisión opina que el respeto de los derechos procesales enunciados en el proyecto de artículo 26, párrafo 1, incumbe al Estado expulsor en virtud del derecho internacional general. Sin embargo, el párrafo 2 indica que la lista de derechos procesales que figura en el párrafo 1 se entiende sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por el derecho. Se trata, ante todo, de derechos o garantías que la legislación del Estado expulsor reconoce a los extranjeros (por ejemplo, un eventual derecho a la asistencia jurídica gratuita)[214] y que este Estado estaría obligado a respetar en virtud de su obligación, derivada de una norma de derecho internacional, de actuar conforme a la ley en todo el procedimiento de expulsión[215]. Además, debe entenderse que el párrafo 2 preserva asimismo cualquier otro derecho procesal garantizado al extranjero objeto de expulsión en virtud de una norma de derecho internacional, en particular convencional, que obligue al Estado expulsor.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 26 versa sobre la asistencia consular, que debe cumplir una función de garantía del respeto de los derechos del extranjero objeto de expulsión. Dicho párrafo se refiere al derecho del extranjero a solicitar asistencia consular, lo que no equivale a un derecho a conseguir esa asistencia. En efecto, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado de nacionalidad del extranjero tiene libertad para decidir si va a prestarle o no asistencia y el proyecto de artículos no aborda la cuestión de la existencia eventual de un derecho a la asistencia consular en virtud del derecho interno de ese Estado. Al mismo tiempo, el Estado expulsor está obligado, en virtud del derecho internacional, a no impedir el ejercicio por el extranjero de su derecho a solicitar asistencia consular ni tampoco, llegado el caso, la prestación de esta asistencia por el Estado que envía. El derecho de un extranjero objeto de expulsión a solicitar asistencia consular está consagrado asimismo de manera expresa en algunas legislaciones nacionales[216].

10) La asistencia consular a que se hace referencia en el proyecto de artículo 26, párrafo 3, abarca las diversas formas de asistencia que el extranjero objeto de expulsión podría recibir de su Estado nacional de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de relaciones consulares que se recogen, en lo esencial, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Es con arreglo a esas normas que se deben determinar tanto el derecho del extranjero interesado a solicitar asistencia consular como las obligaciones que incumben al Estado expulsor en el presente contexto. Conviene mencionar muy especialmente el artículo 5 de

[211] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia* (Murray y Evans (eds.) (nota 53 *supra*), págs. 750 y 752).

[212] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 645.

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

[214] Véanse al respecto los análisis que figuran en el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 641, y en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 386 a 389.

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

[216] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 631. Véanse también los análisis que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 373 a 378.

esa Convención, en el que figura una enumeración de las funciones consulares, así como su artículo 36, que concierne a la comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. El artículo 36, párrafo 1 *a*, garantiza esta libertad de comunicación en términos muy generales, lo que lleva a considerar que se trata de una garantía plenamente aplicable en el marco de un procedimiento de expulsión. Por otra parte, la misma garantía se enuncia en términos igualmente generales en el artículo 10 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General[217]. El artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que trata del supuesto de una persona que sea encarcelada o puesta en prisión preventiva o cualquier otra forma de detención, enuncia la obligación del Estado receptor de informar a la oficina consular competente si el interesado lo solicita y de informar a este último de los derechos que se le reconocen al respecto, mientras que el párrafo 1 *c* consagra el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido. En otros contextos no referentes a la expulsión de extranjeros, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los asuntos *LaGrand* y *Avena y otros nacionales mexicanos*[218]. La Corte señaló entonces que «[...] el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36 enuncia las obligaciones que tiene el Estado de residencia con respecto a una persona detenida y al Estado que envía»[219] y que «la claridad de esas disposiciones, leídas en su contexto, no deja lugar a dudas»[220]. La misma Corte abordó de nuevo esta cuestión, en ese caso a propósito de una detención a efectos de expulsión, en su sentencia de 30 de noviembre de 2010 en el asunto *Diallo*. Confirmando su jurisprudencia en el asunto *Avena y otros nacionales mexicanos*[221], la Corte recordó que corresponde a las autoridades del Estado que proceden a la detención:

> informar espontáneamente a la persona detenida de su derecho a solicitar que se avise a su consulado; el hecho de que esa persona no haya solicitado tal cosa, no solo no justifica que se incumpla la obligación de informar que incumbe al Estado que procede a la detención, sino que más bien podría explicarse precisamente, en algunos casos, por el hecho de que esa persona no ha sido informada de los derechos que le asisten a ese respecto. [...] Por otra parte, el hecho de que las autoridades consulares del Estado de nacionalidad de la persona detenida hayan sido informadas de la detención por otras vías no elimina la violación de la obligación de informar «sin dilación» a esa persona de sus derechos[222].

Habiendo constatado, por lo demás, que la República Democrática del Congo no había aportado el «menor elemento que corroborara» la afirmación de que había informado oralmente al Sr. Diallo de sus derechos, la Corte Internacional de Justicia resolvió que dicho Estado había violado el artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[223].

11) El párrafo 4 se refiere al supuesto de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor desde hace menos de seis meses. Está redactado en forma de cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» a fin de preservar, en ese supuesto, la aplicación de cualquier instrumento legislativo del Estado expulsor concerniente a la expulsión de esas personas. Aunque algunos miembros estimaban que existe un núcleo duro de derechos procesales que deben ser reconocidos sin excepción a todos los extranjeros, la Comisión prefirió hacer muestra de realismo en esta materia. No puede ignorar, en efecto, que varias legislaciones nacionales prevén procedimientos simplificados para la expulsión de extranjeros cuya presencia en su territorio es ilegal. En el marco de esos procedimientos, el extranjero en cuestión a menudo no goza del derecho a impugnar su expulsión ni *a fortiori* de los derechos procesales mencionados en el párrafo 1, cuya finalidad es hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, en concepto de desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión estimó conveniente reconocer los derechos procesales enunciados en el párrafo 1 incluso a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor, siempre que esa presencia haya tenido una duración mínima. Inspirándose asimismo en el análisis de algunas legislaciones nacionales[224], la Comisión estimó razonable fijar esta duración en seis meses. Algunos miembros consideraban que había otros factores, además de la duración de la presencia ilegal del extranjero en el territorio del Estado expulsor, que merecían ser tenidos en cuenta a efectos de determinar los derechos procesales de que el extranjero debía gozar en el marco de un procedimiento de expulsión. En este contexto, se hizo referencia al nivel de integración (social, profesional, económica o familiar) del extranjero en cuestión. No obstante, la Comisión consideró que la evaluación y aplicación de tales criterios presentaría dificultades, sobre todo porque no hay convergencia, a este respecto, entre las prácticas nacionales.

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

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución.

Comentario

1) El proyecto de artículo 27, que reconoce un efecto suspensivo al recurso interpuesto contra una resolución de expulsión por un extranjero que se encuentre legalmente

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

[218] Asunto *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, sentencia de 27 de junio de 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, págs. 466 y ss., en particular págs. 489 a 498, párrs. 64 a 91; asunto *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, sentencia de 31 de marzo de 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, págs. 12 y ss., en particular págs. 39 a 57, párrs. 49 a 114.

[219] *LaGrand* (véase la nota *supra*), párr. 77.

[220] Ibíd.

[221] *Avena* (véase la nota 218 *supra*), párr. 76.

[222] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 68 *supra*), párr. 95.

[223] Ibíd., párrs. 96 y 97.

[224] Véanse a este respecto los análisis que figuran en el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 293 a 316.

en el territorio del Estado expulsor, corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. La Comisión considera, en efecto, que la práctica de los Estados en esta materia no es suficientemente uniforme y convergente para servir de base, en el derecho existente, a una norma de derecho internacional general que prevea el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión[225].

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

3) Según un punto de vista expresado en la Comisión, el derecho positivo ya reconoce el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión cuando el extranjero puede alegar razonablemente, en el marco de ese recurso, que su vida o su libertad estarían amenazadas en el Estado de destino[226] o que estaría en peligro de ser sometido a malos tratos[227]. Además, algunos miembros hubiesen preferido que la Comisión reconociera, desde una perspectiva de desarrollo progresivo, el efecto suspensivo no solo de un recurso interpuesto por un extranjero legalmente presente en el territorio del Estado expulsor, sino también de un recurso interpuesto por ciertas categorías de extranjeros que, aunque presentes ilegalmente en dicho territorio, hubiesen permanecido en él durante un cierto período o cumplieran otras condiciones relativas, en particular, a un nivel suficiente de integración (social, económica, familiar o de otro tipo) en el Estado expulsor.

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

> El Tribunal considera que la efectividad del recurso a tenor del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. [...] En consecuencia, el artículo 13 se opone a que tales medidas sean ejecutadas antes incluso del resultado del examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con el Convenio, aunque los Estados contratantes tienen un cierto margen discrecional en cuanto al modo en que cumplirán sus obligaciones con arreglo a esta disposición [...][228].

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

> Con respecto a la expulsión:
>
> [...]
>
> 2. toda resolución de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería estar sujeta a un derecho de recurso con efecto suspensivo;
>
> 3. en caso de recurso contra la expulsión, el procedimiento de apelación debería haberse completado dentro de los tres meses siguientes a la resolución de expulsión[229].

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

> Un extranjero que carezca de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro por razones jurídicas concretas que no sean de orden político ni religioso. El interesado tendrá el derecho y la posibilidad de interponer recurso ante una instancia de apelación independiente antes de ser expulsado. Habría que estudiar también si, o como alternativa, tendrá derecho a acudir ante un juez. Será informado de sus derechos. Si recurre a un tribunal o a una alta autoridad administrativa, no podrá procederse a su expulsión mientras su recurso esté pendiente de examen.
>
> El titular de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una resolución judicial firme[230].

La Comisión no ha ido tan lejos.

Artículo 28. Procedimientos de recurso individual

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

Comentario

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

---

[225] Véanse asimismo las vacilaciones expresadas inicialmente por el Relator Especial, en su sexto informe, acerca de la oportunidad de formular una norma que concediera efecto suspensivo a un recurso contra una resolución de expulsión (nota 23 *supra*), párrs. 453 a 457.

[226] Véase el proyecto de artículo 23 *supra*.

[227] Véase el proyecto de artículo 24 *supra*.

[228] *Čonka c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 98 *supra*), párr. 79.

[229] Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomendación 1624 (2003): Politique commune en matière de migration et d'asile, 30 de septiembre de 2003, párr. 9 (disponible en http://assembly.coe.int, *Documents*).

[230] Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomendación 769 (1975) relativa a la condición jurídica de los extranjeros, 3 de octubre de 1975, anexo (Principes dont on pourrait s'inspirer pour élaborer une législation uniforme concernant les étrangers dans les États membres du Conseil de l'Europe), párrs. 9 y 10 (disponible en http://assembly.coe.int, *Documents*).

QUINTA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 29 reconoce, a título de desarrollo progresivo y cuando se reúnan determinadas condiciones, un derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita. Aunque puede observarse que semejante derecho está reconocido —en condiciones variables— en la legislación de algunos Estados[231] e incluso en el plano internacional[232], la práctica no parece ser suficientemente convergente para que se pueda afirmar la existencia, en derecho positivo, de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita.

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

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

4) El reconocimiento del derecho a la readmisión según el proyecto de artículo 29 se limita a los supuestos en que las autoridades del Estado expulsor o un órgano internacional, como una corte o un tribunal, que sea competente al respecto han determinado, mediante resolución obligatoria, que la expulsión era ilícita. No hay tal determinación cuando las autoridades competentes constatan que la ilicitud de una resolución de expulsión en el momento en que fue adoptada ha sido subsanada conforme a la ley. La Comisión consideró que no hubiera sido apropiado subordinar el reconocimiento de ese derecho a la anulación de la resolución de expulsión ilícita, ya que, en principio, solo las autoridades del Estado expulsor son competentes para anular tal resolución. Además, el enunciado del proyecto de artículo 29 abarca asimismo los supuestos en que la expulsión se ha producido sin la adopción de una resolución formal, es decir de resultas de un comportamiento atribuible al Estado expulsor[233]. Ahora bien, al subordinar el derecho a la readmisión a la determinación previa de la ilicitud de la expulsión por una autoridad competente, el proyecto de artículo 29 evita reconocer al extranjero, en el presente contexto, la facultad de juzgar por sí mismo si la expulsión de que ha sido objeto era lícita o ilícita.

5) El proyecto de artículo 29 no debe entenderse en el sentido de que confiera a la determinación por un órgano internacional efectos jurídicos distintos de los previstos en el instrumento por el que se creó el órgano en cuestión. Reconoce únicamente, a título de desarrollo progresivo y sobre una base independiente, un derecho a la readmisión en el territorio del Estado expulsor cuya existencia está subordinada, entre otras condiciones, a tal determinación previa de ilicitud.

6) Como indica claramente ese proyecto de artículos, el Estado expulsor conserva el derecho de denegar la readmisión del extranjero expulsado de manera ilícita, si esa readmisión constituye una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si por alguna otra razón el extranjero ya no cumple las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor. La Comisión estima necesario reconocer tales excepciones a la readmisión a fin de mantener un justo equilibrio entre los derechos del extranjero ilícitamente expulsado y el poder del Estado expulsor de controlar la entrada de todo extranjero en su territorio de conformidad con su legislación vigente en el momento en que debe pronunciarse sobre la readmisión del extranjero en cuestión. El objeto de la última excepción mencionada en el proyecto de artículo 29 es tener en cuenta el hecho de que, en algunos casos, pueden no darse ya las circunstancias o elementos con arreglo a los cuales se había concedido al extranjero un permiso de entrada o de residencia. Sin embargo, la facultad del Estado para determinar las condiciones de readmisión debe ejercerse de buena fe; de este modo, el Estado expulsor no tiene derecho a denegar la readmisión fundándose en disposiciones de su legislación que considerasen la mera existencia de una resolución de expulsión adoptada anteriormente como un obstáculo a la readmisión. Esta limitación se refleja en el proyecto de artículo 29, párrafo 2, que dice: «En ningún caso la resolución

[231] Véase a este respecto el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 555 a 559.

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

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

[233] Véase al respecto el proyecto de artículo 11 *supra*, que prohíbe toda forma de expulsión encubierta.

de expulsión ilícita adoptada anteriormente será invocada para impedir la readmisión del extranjero». Este enunciado se inspira en el artículo 22, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[234].

7) Por último, el reconocimiento de un derecho a la readmisión de conformidad con el proyecto de artículo 29 debe entenderse sin perjuicio del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al que se hace referencia en el proyecto de artículo 31. En particular, las normas generales relativas a la reparación de un hecho internacionalmente ilícito siguen siendo pertinentes en el contexto de la expulsión de extranjeros.

Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 30, que se refiere a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión[235], enuncia dos obligaciones que incumben al Estado expulsor. La primera se refiere a la adopción de medidas para proteger los bienes del extranjero en cuestión, mientras que la segunda concierne a la libre disposición por este de sus bienes.

2) El enunciado del proyecto de artículo 30 es lo bastante general para incorporar todas las garantías relativas a la protección de los bienes de un extranjero objeto de expulsión en virtud de los instrumentos jurídicos aplicables en cada caso. Conviene recordar que el artículo 17, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos[236] dispone que «[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad». En lo que concierne más concretamente a la expulsión, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone en su artículo 22 lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Por último, el artículo 31 de la Carta Árabe de Derechos Humanos[237] dispone lo siguiente:

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

3) Cabe considerar que la obligación de proteger los bienes de un extranjero objeto de expulsión implica normalmente que este pueda disponer de una oportunidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado expulsor[238]. La negativa a conceder al extranjero esa oportunidad ha dado lugar a reclamaciones internacionales[239]. Ya en 1892, el

---

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

[235] Véase a este respecto el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 527 a 552.

[236] Véase la nota 92 *supra*.

[237] Véase la nota 38 *supra*.

[238] Véase a este respecto el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 711 a 714.

[239] En el asunto *Hollander*, los Estados Unidos solicitaron a Guatemala una indemnización por la expulsión sumaria de uno de sus nacionales y señalaron que el Sr. Hollander «[...] fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [Los Estados Unidos alegaron que,] con independencia de las facultades que le atribuyan sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que habría cometido más de tres meses antes [...]» (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. IV, pág. 107). Véase también la carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un miembro del Congreso, de 15 de diciembre de 1961 [M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), pág. 861] (caso del *Dr. Breger*): «En cuanto a la expulsión del Dr. Breger de la isla de Rodas en 1938, cabe señalar que, en virtud de los principios generales de derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cuando quiera, con tal de que no ejecute la expulsión de manera arbitraria, por ejemplo haciendo uso de una fuerza innecesaria o denegando al extranjero una oportunidad razonable de salvaguardar sus bienes. En vista de la declaración del Dr. Breger, según la cual las autoridades italianas le ordenaron que saliera de la isla de Rodas en un plazo de seis meses, parece dudoso que la responsabilidad internacional del Gobierno italiano pueda fundarse en el motivo de que no se le diera tiempo suficiente para salvaguardar sus bienes» (Harris (nota 103 *supra*), pág. 503).

Instituto de Derecho Internacional había aprobado una resolución que incluía una disposición según la cual los extranjeros domiciliados, residentes o que tuvieran un establecimiento comercial en el Estado expulsor debían tener la oportunidad de liquidar sus asuntos e intereses antes de salir del territorio de ese Estado:

L'expulsion d'étrangers domiciliés, résidants ou ayant un établissement de commerce, ne doit être prononcée que de manière à ne pas trahir la confiance qu'ils ont eue dans les lois de l'État. Elle doit leur laisser la liberté d'user, soit directement si c'est possible, soit par l'entremise de tiers par eux choisis, de toutes les voies légales pour liquider leur situation et leurs intérêts, tant actifs que passifs, sur le territoire.

(La expulsión de extranjeros domiciliados, residentes o que tengan un establecimiento mercantil no deberá decretarse sino de manera que no defraude la confianza que hubieran tenido en las leyes del Estado. Deberá dejarles la libertad para utilizar, bien directamente, a ser posible, o bien por medio de terceros elegidos por ellos, todas las vías legales para liquidar sus asuntos e intereses, tanto activos como pasivos, en el territorio[240].)

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

La aplicación de esta política podría, en términos generales, ser contraria a las restricciones de forma y de fondo impuestas al derecho de un Estado de expulsar a extranjeros de su territorio, según se desprende de las disposiciones del Tratado de Amistad [, Comercio y Derechos Consulares] y del derecho internacional consuetudinario[nota].

[nota] Por ejemplo, [...] privando al extranjero de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales antes de su expulsión[241].

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

1) Cuando un trabajador migrante haya sido regularmente admitido en el territorio de un Miembro, dicho Miembro debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.

2) Dicho acuerdo debería prever:

[...]

c) que el migrante deberá haber recibido una notificación previa a fin de que tenga tiempo suficiente para disponer de sus propiedades;

[...][242].

Como se ha señalado, tales consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales, que, en particular, pueden reconocer al extranjero la posibilidad razonable de liquidar cualquier reclamación salarial u otros créditos antes de su salida del país o precisar, llegado el caso, las medidas que deben adoptarse para velar por la protección de los bienes del extranjero durante la detención de este último a la espera de su expulsión[243]. Más en general, la necesidad de proteger los bienes de los extranjeros objeto de expulsión se tiene igualmente en cuenta, en diverso grado y según diversas modalidades, en la legislación de varios Estados[244].

4) Según el proyecto del artículo 30, la libre disposición de los bienes debe garantizarse al extranjero «de conformidad con la ley». Esta precisión no debe interpretarse como una autorización para aplicar las leyes del Estado expulsor que tengan por efecto denegar o limitar arbitrariamente esta libre disposición. Sin embargo, permite tener suficientemente en cuenta el posible interés del Estado expulsor en limitar o prohibir, de conformidad con su propia legislación, la libre disposición de determinados bienes, en particular los adquiridos ilegalmente por el extranjero en cuestión o que sean el producto de actividades delictivas o de otros comportamientos ilícitos. Además, la precisión de que debe permitirse al extranjero disponer libremente de sus bienes «incluso desde fuera del país» pretende tener en cuenta las necesidades específicas de un extranjero que hubiera abandonado ya el territorio del Estado expulsor en razón de una resolución de expulsión adoptada contra él. Este último elemento fue tenido en cuenta por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2010 dictada en el asunto *Diallo*, aunque la Corte consideró finalmente que en ese caso los derechos propios del Sr. Diallo en su calidad de asociado no habían sido violados por la República Democrática del Congo, puesto que «no se había probado que se hubiera impedido al Sr. Diallo convocar asambleas generales desde el extranjero, en calidad de gerente o de asociado»[245].

5) Está claro que las normas enunciadas en el proyecto de artículo 30 deben entenderse sin perjuicio del derecho que se reconoce a todo Estado de expropiar o nacionalizar los bienes de un extranjero, de conformidad con las normas aplicables de derecho internacional.

6) La cuestión de los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado no se aborda específicamente en el proyecto de artículo 30, ya que la Comisión optó, como se dijo en el comentario al proyecto de artículo 10, por no tratar los aspectos de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. Cabe señalar, sin embargo, que la cuestión de los derechos de propiedad en caso de conflicto armado fue objeto de un examen detallado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía[246].

[240] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 41 (Wehberg (ed.) (nota 72 *supra*), pág. 58).

[241] *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (véase la nota 103 *supra*), pág. 147, párr. 30 *e*. Por lo que respecta al Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre el Irán y los Estados Unidos, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 284, n.º 4132, pág. 93.

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

[243] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párr. 714.

[244] Para una visión de conjunto, véase ibíd., párr. 481.

[245] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 68 *supra*), párr. 121. Para un análisis de los aspectos de la sentencia relativos a los derechos de propiedad, véase el séptimo informe del Relator Especial (véase la nota 28 *supra*), párrs. 33 a 40.

[246] Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée Nos. 15, 16, 23 et 27-32*, resolución de 17 de diciembre de 2004,

Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

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

Comentario

1) Nadie discute que toda expulsión en violación de una norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional del Estado expulsor por hecho internacionalmente ilícito. A este respecto, el proyecto de artículo 31 ha de interpretarse a la luz de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[247]. La segunda parte enuncia el contenido de la responsabilidad internacional del Estado, incluido en lo que concierne a la expulsión de extranjeros[248].

2) El principio fundamental de la reparación íntegra por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito se enuncia en el artículo 31 sobre la responsabilidad del Estado[249], mientras que el artículo 34[250] enuncia las diferentes formas de reparación, a saber, la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36) y la satisfacción (art. 37). La jurisprudencia relativa a la reparación en casos de expulsión ilícita es especialmente abundante[251].

3) La restitución, en forma de regreso del extranjero al Estado expulsor, se ha elegido a veces como modo de reparación. A este respecto, el primer Relator Especial del tema de la responsabilidad internacional, Sr. García Amador, indicó que «[e]n cuanto a los casos de expulsión arbitraria, las formas de satisfacción empleadas han sido las de que se deje sin efecto la medida y se permite al particular extranjero reintegrarse al país»[252]. El Sr. García Amador se remitió en este contexto a los asuntos *Lampton* y *Wiltbank* (concernientes a dos ciudadanos de los Estados Unidos expulsados de Nicaragua en 1894), y al asunto de cuatro súbditos británicos igualmente expulsados de Nicaragua[253]. El derecho al regreso en caso de expulsión ilícita ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero[254].

4) La jurisprudencia ha considerado en muchas ocasiones la indemnización como forma de reparación reconocida del perjuicio sufrido por el extranjero expulsado o por el Estado de su nacionalidad de resultas de una expulsión ilícita. Nadie discute que el perjuicio indemnizable comprende todo daño material como moral[255]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una nueva orientación al derecho a la reparación al incluir el «daño al proyecto de vida» en la categoría de perjuicios sufridos por las víctimas de violaciones de los derechos humanos[256].

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

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

párrs. 124 a 129, 133, 135 y 136, 140, 142, 144 a 146, 151 y 152; así como *Réclamation de l'Éthiopie n.º 5*, resolución de 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 104 *supra*), párrs. 132 a 135 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, págs. 195 a 247 y 249 a 290). Véase a este respecto el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 933 a 938.

[247] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 92 y ss.

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

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

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

[251] Véase el memorando de la Secretaría (nota 10 *supra*), párrs. 960 a 977, así como el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 590 a 606.

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

[253] Ibíd., nota 159. Estos asuntos son mencionados por Moore en *A Digest of International Law*, vol. IV (nota 239 *supra*), págs. 99 a 101. Lampton y Wiltbank habían sido expulsados por el Gobierno nicaragüense y luego autorizados a regresar a Nicaragua a petición de los Estados Unidos. En cuanto a los cuatro súbditos británicos, Gran Bretaña había exigido «la anulación incondicional de los decretos de expulsión», a lo que Nicaragua respondió que «no había lugar a la revocación del decreto de expulsión, por cuanto todas las personas culpables de participar en la rebelión de los misquitos habían sido amnistiadas» (ibíd., pág. 101).

[254] «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve: [...] 3. Recomendar al Gobierno de Guatemala: *a*) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseare; *b*) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y *c*) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días, sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 7378 (Guatemala) (véase la nota 232 *supra*)).

[255] Véase sobre esta cuestión el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 593 a 595. Véase también, a ese respecto, la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnización, sentencia de 19 de junio de 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 324, que se examina en el párrafo 6 *infra*.

[256] Véase el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 596 y 597. El Relator Especial cita a este respecto las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), Serie C, n.º 42, párrs. 144 a 154; *Cantoral Benavides (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001 (reparaciones), Serie C, n.º 88, párrs. 60 y 80; y *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, n.º 132, párrs. 87 a 89.

Considerando, además, que la suma demandada no parece exagerada:

Resuelve que N. A. Paquet tiene derecho a una indemnización de 4.500 francos[257].

En el asunto *Oliva*, el árbitro también condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios en razón de la pérdida resultante de la revocación de una concesión, aunque limitada a los gastos en que había incurrido el extranjero y al tiempo que había dedicado a obtener el contrato[258]. El Comisionado Agnoli había considerado que el carácter arbitrario de la expulsión habría justificado de por sí el ejercicio de una acción por daños y perjuicios:

[...] debería otorgarse una indemnización no inferior a 40.000 bolívares, independientemente de cualquier suma que se le conceda justamente por la ruptura arbitraria del contrato mencionado, puesto que no cabe duda de que, aunque no hubiera podido obtener la concesión en cuestión, el mero hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización[259].

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

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

Tan siquiera por esta afrenta, el árbitro estima que el Gobierno demandado debe pagar al Gobierno demandante, en nombre del demandante, la suma de quinientos dólares oro de los Estados Unidos de América, o el equivalente en plata al tipo de cambio vigente en la fecha del pago, y que en consecuencia se puede poner el fallo en ese sentido[260].

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

Sin embargo, en opinión de la Comisión, el hecho de haber estado detenido el demandante por largo tiempo, y el de haber estado incomunicado y sin información acerca del objeto de su detención, constituyen un maltrato y un padecimiento no justificados por el objeto de la detención, a tal grado que hacen responsables a los Estados Unidos Mexicanos conforme al Derecho Internacional. Estima que la suma por la cual debe fallarse puede justamente fijarse en 2.500 dólares de los Estados Unidos, sin intereses[261].

En el asunto *Yeager*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos otorgó al demandante una indemnización: *a*) por la pérdida de los bienes que había debido abandonar porque no se le había dado tiempo suficiente para salir del país[262], y *b*) por el dinero que le habían confiscado en el aeropuerto los «*komitehs* revolucionarios»[263].

En algunos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha otorgado una indemnización pecuniaria por daños morales resultantes de una expulsión ilícita. En el asunto *Moustaquim* c. *Bélgica*, el Tribunal rechazó una demanda de indemnización fundada en la pérdida de ingresos resultante de una expulsión contraria al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, subrayando la falta de relación de causalidad entre esa violación y la pretendida pérdida de ingresos. No obstante, el Tribunal otorgó al demandante, sobre una base de equidad, la suma de 100.000 francos belgas en concepto de reparación moral por el tiempo que tuvo que vivir alejado de su familia y sus amigos, en un país con el que no tenía vínculo alguno[264]. En el asunto *Čonka* c. *Bélgica*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concedió una indemnización de 10.000 euros por el perjuicio moral resultante de una expulsión contraria al artículo 5, párrafos 1 y 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad), el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio (prohibición de las expulsiones colectivas) y el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo), tomado juntamente con el artículo 4 del Protocolo n.º 4[265].

5) La satisfacción como forma de reparación está prevista en el artículo 37 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado[266]. Es susceptible de ser aplicada en el caso de una expulsión ilícita, en particular en los supuestos en que aún no se haya ejecutado la resolución de expulsión. En esos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una sentencia en la que se declarase ilícita la resolución de expulsión constituía una forma apropiada de satisfacción y, por lo tanto, no concedió ninguna otra reparación moral. Pueden señalarse a este respecto los asuntos *Beldjoudi* c. *Francia*[267],

---

[257] *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903 (véase la nota 52 *supra*), pág. 325.

[258] *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 52 *supra*), , págs. 607 a 609 (Ralston, árbitro), que contiene detalles acerca del cálculo de la indemnización en ese caso concreto.

[259] *Oliva* (véase la nota 52 *supra*), pág. 602 (Agnoli, comisionado).

[260] *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1.º de junio de 1903 (véase la nota 52 *supra*), págs. 732 y 733 (Plumley, árbitro).

[261] *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, opinión dictada el 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 369.

[262] *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987 (véase la nota 52 *supra*), págs. 107 a 109, párrs. 51 a 59.

[263] *Yeager* (véase la nota 52 *supra*), pág. 110, párrs. 61 a 63.

[264] *Moustaquim c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 53 *supra*), párrs. 52 a 55.

[265] *Čonka c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 98 *supra*), párrs. 42 y ss.

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

[267] *Beldjoudi c. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda n.º 12083/86, párr. 86, *série A n.º 234-A*: «Los demandantes deben de haber sufrido un

Chahal c. *el Reino Unido*[268] y *Ahmed* c. *Austria*[269]. Conviene recordar a ese respecto que la propia Comisión, en su comentario al artículo 37 sobre la responsabilidad de los Estados precisó que «[u]na de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material [...] es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente»[270]. También a propósito de la satisfacción como forma de reparación, es oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se contenta con conceder indemnizaciones a las víctimas de expulsiones ilegales, ya que considera que «dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos [y] sancionar a todos los responsables»[271].

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

> La Corte, habiendo concluido que la República Democrática del Congo había violado las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares [...], tiene que determinar ahora, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, cuáles son las consecuencias que se desprenden de esos hechos internacionalmente ilícitos que generan la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo[272].

Tras haber recordado el régimen jurídico de la reparación, basado en el principio, enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual la reparación, en la medida de lo posible, debe «eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que hubiera existido probablemente de no haberse cometido dicho acto»[273], y el principio recordado recientemente en el asunto de las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (la Argentina *c.* el Uruguay), según el cual la reparación puede tomar «la forma de la indemnización o de la satisfacción, o incluso de la indemnización y de la satisfacción»[274], la Corte Internacional de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

> Vistas las circunstancias del caso, en particular el carácter fundamental de las obligaciones relativas a los derechos humanos que han sido violadas y la demanda de reparación en forma de indemnización presentada por Guinea, la Corte opina que, además de la constatación judicial de dichas violaciones, la reparación debida a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo ha de ser en forma de indemnización[275].

Posteriormente, el 19 de junio de 2012, la Corte dictó sentencia sobre la cuestión de la indemnización que la República Democrática del Congo debía abonar a la República de Guinea[276]. La Corte concedió a Guinea una indemnización de 85.000 dólares de los Estados Unidos, por el perjuicio no material sufrido por el Sr. Diallo a causa de los hechos ilícitos atribuibles a la República Democrática del Congo[277], así como, por razones de equidad, una indemnización de 10.000 dólares que debía compensar la pérdida de bienes personales denunciada por el Sr. Diallo[278]. La Corte desestimó en cambio, por falta de pruebas, las demandas presentadas con el fin de obtener una indemnización por el lucro cesante que habría sufrido el Sr. Diallo durante su detención y como consecuencia de su expulsión ilícita[279]. De manera general, la Corte abordó en su sentencia varias cuestiones relativas a las condiciones y modalidades de la indemnización, en particular la relación de causalidad entre los actos ilícitos y el perjuicio, la evaluación del perjuicio, incluido el perjuicio no material, y la prueba de este último.

Artículo 32. Protección diplomática

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 32 remite a la institución de la protección diplomática, cuyo régimen jurídico está bien establecido en el derecho internacional[280]. Nadie discute que el Estado de nacionalidad de un extranjero objeto de expulsión tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, en las condiciones

---

perjuicio moral, pero esta sentencia les otorga una compensación suficiente a este respecto». El Tribunal añadió que habría habido violación del artículo 8 del Convenio «si la resolución de expulsar al Sr. Beldjoudi [hubiera sido] ejecutada» (párr. 1 de la parte dispositiva).

[268] *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 53 *supra*), párr. 158: «Habiendo resuelto que no había habido violación del párrafo 1 del artículo 5 [...], el Tribunal no otorga ninguna reparación del perjuicio moral por el período en que el Sr. Chahal estuvo detenido. En cuanto a las demás reclamaciones, el Tribunal considera que la constatación de que la expulsión, si se ejecutara, constituiría una violación del artículo 3 y de que ha habido violación de los artículos 5, párrafo 4, y 13 constituye una satisfacción equitativa suficiente».

[269] *Ahmed c. Autriche*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996 (véase la nota 53 *supra*). El Tribunal denegó una compensación en forma de indemnización por la pérdida salarial porque no apreciaba ninguna relación de causalidad entre el daño material alegado y su conclusión respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50). El Tribunal dijo a continuación: «El Tribunal estima que el interesado debe de haber sufrido un perjuicio moral, pero que la presente sentencia le otorga una compensación suficiente a ese respecto» (párr. 51); luego resolvió: «[...] mientras el demandante corra un riesgo real de ser sometido en Somalia a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, habría violación de esa disposición si la resolución de expulsarlo a ese país fuera ejecutada» (párr. 2 de la parte dispositiva).

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

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

[272] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 68 *supra*), párr. 160.

[273] *Usine de Chorzów*, sentencia n.º 13 (sobre el fondo), 1928, *C.P.J.I., série A, n.º 17*, pág. 47.

[274] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, sentencia de 20 de abril de 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 14, en particular pág. 103, párr. 273.

[275] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 68 *supra*), párr. 161.

[276] *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 19 de junio de 2012 (véase la nota 255 *supra*).

[277] Ibíd., párrs. 18 a 25.

[278] Ibíd., párrs. 26 a 36 y 55.

[279] Ibíd., párrs. 37 a 50.

[280] Véase a este respecto el sexto informe del Relator Especial (nota 23 *supra*), párrs. 572 a 577.

establecidas por las normas de derecho internacional relativas a esta materia. Estas normas están reflejadas esencialmente en los artículos sobre la protección diplomática aprobados por la Comisión en 2006[281], cuyo texto figura en el anexo de la resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

2) En su sentencia de 2007 sobre las excepciones preliminares en el asunto *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia reiteró, en el contexto de la expulsión de extranjeros, dos condiciones esenciales para el ejercicio de la protección diplomática, a saber, el vínculo de nacionalidad y el agotamiento previo de los recursos internos[282].

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

[282] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, excepciones preliminares, sentencia de 24 de mayo de 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 582, en particular pág. 599, párr. 40.

Capítulo V

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

A. Introducción

47. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema «Protección de las personas en casos de desastre» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Eduardo Valencia-Ospina. En ese mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio de referencia sobre el tema, limitado en principio a los desastres naturales[283].

48. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial[284], en el que este reseñaba la evolución de la protección de las personas en casos de desastre y exponía las fuentes del derecho sobre el tema así como los intentos anteriores de codificación y desarrollo progresivo del derecho en este ámbito. También presentaba a grandes rasgos los diversos aspectos del alcance general del tema a fin de determinar las principales cuestiones jurídicas que había que tratar y proponer unas conclusiones provisionales, sin perjuicio del resultado del debate que el informe tenía por objeto suscitar en la Comisión. También tuvo ante sí la Comisión un memorando de la Secretaría[285] que se centraba primordialmente en los desastres naturales y ofrecía un panorama general de los instrumentos y textos jurídicos existentes aplicables a diversos aspectos de la prevención de los desastres y la asistencia de socorro, así como de la protección de las personas en casos de desastre.

49. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial[286], en el que se analizaban el alcance del tema *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* y cuestiones relacionadas con la definición de «desastre» a efectos de ese tema y se abordaba el estudio del deber fundamental de cooperar. El informe contenía además propuestas para los proyectos de artículo 1 (Alcance), 2 (Definición de desastre) y 3 (Deber de cooperar). La Comisión tuvo asimismo ante sí respuestas que habían presentado por escrito la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la Secretaría de las Naciones Unidas y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a las preguntas que les envió la Comisión en 2008.

50. En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota de los proyectos de artículo 1 a 5, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción[287].

51. En su 62.º período de sesiones (2010) la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 a 5 en la 3057.ª sesión, celebrada el 4 de junio de 2010. La Comisión tuvo también ante sí el tercer informe del Relator Especial[288] en el que se ofrecía un panorama general de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión, un examen de los principios que inspiran la protección de las personas en casos de desastre y un examen de la cuestión de la responsabilidad del Estado afectado. En el informe figuraban propuestas de los otros tres proyectos de artículo siguientes: proyectos de artículo 6 (Principios humanitarios en la respuesta a los desastres), 7 (Dignidad humana) y 8 (Responsabilidad primordial del Estado afectado).

52. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 6 a 9 en la 3102.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 2011. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial[289], que contenía, entre otras cosas, un examen de la responsabilidad del Estado afectado de buscar asistencia cuando su capacidad nacional de respuesta se vea superada, del deber del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa, y el derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia. En el informe se hacían propuestas para los otros tres proyectos de artículo siguientes: proyectos de artículo 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia), 11 (Obligación del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento) y 12 (Derecho a ofrecer asistencia). La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 10 y 11 en la 3116.ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2011, si bien no pudo concluir el examen del proyecto de artículo 12 por falta de tiempo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

53. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/652), que ofrece un panorama general de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión hasta el momento, un breve examen de la posición del Relator Especial respecto de la cuestión planteada por la Comisión en la sección C del capítulo III de su informe anual de 2011[290], y un examen más a fondo del deber de cooperar. En el informe figura también un análisis de las condiciones para la prestación de asistencia y de la cuestión de la terminación de la asistencia. Se hacen en él propuestas para los tres proyectos de artículo siguientes: proyectos de artículo A (Desarrollo del deber

[283] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 375 y 386.

[284] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598.

[285] A/CN.4/590 y Add.1 a 3 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

[286] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615.

[287] A/CN.4/L.758 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 61.º período de sesiones).

[288] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629.

[289] *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/643.

[290] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 235; véase también el párrafo 57 *infra*.

de cooperar), 13 (Condiciones a la prestación de asistencia) y 14 (Terminación de la asistencia).

54. La Comisión examinó el quinto informe en sus sesiones 3138.ª a 3142.ª, celebradas del 2 al 6 de julio de 2012.

55. En su 3142.ª sesión, celebrada el 6 de julio de 2012, la Comisión remitió los proyectos de artículo A, 13 y 14 al Comité de Redacción.

56. En su 3152.ª sesión, celebrada el 30 de julio de 2012, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y tomó nota de los proyectos de artículo 5 *bis* y 12 a 15 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.812)[291].

1. Presentación por el Relator Especial de su quinto informe

57. Al presentar su quinto informe el Relator Especial recordó la recepción en general positiva por parte de los Estados en la Sexta Comisión de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión de Derecho Internacional. El Relator hizo también constar su posición con respecto a la cuestión planteada por la Comisión en la sección C del capítulo III del informe de 2011, respecto de si el deber de los Estados de cooperar con el Estado afectado incluye el deber de prestar asistencia cuando el Estado afectado lo solicite. Señaló que el análisis del derecho y la práctica existentes ponía de manifiesto que la prestación de asistencia de un Estado a otro se basaba en el carácter voluntario de la actuación del Estado que presta asistencia. El Relator Especial observó que muchos Estados en la Sexta Comisión habían respondido en sus declaraciones de manera negativa a la cuestión planteada por la Comisión, argumentando principalmente que dicho deber carecía de fundamento en el derecho internacional en vigor.

58. El Relator Especial recordó que los Estados Miembros habían pedido a la Comisión que desarrollara en mayor medida el deber de cooperación, que era el objeto del proyecto de artículo 5. Señaló que la cooperación desempeñaba un papel fundamental en la prestación de socorro. Visto desde una perspectiva más amplia de derecho internacional público, para ser efectivo desde un punto de vista jurídico y práctico, el deber de cooperar en la prestación de socorro en casos de desastre tenía que establecer un equilibrio entre tres aspectos importantes. En primer lugar, dicho deber no podía interferir en la soberanía del Estado afectado. En segundo lugar, el deber tenía que imponerse a los Estados que prestan la asistencia como una obligación jurídica de conducta. En tercer lugar, el deber tenía que ser relevante y estar limitado a la asistencia de socorro en casos de desastre, incluyendo los diversos elementos específicos que normalmente integran la cooperación en este ámbito. Desde la diversidad de los documentos e instrumentos internacionales existentes, cabía deducir que el deber de cooperar abarcaba una gran diversidad de actividades técnicas y científicas, como se describía de manera amplia en el informe. Por ello, el Relator entendía que era apropiado incluir en el proyecto de artículos otro artículo que desarrollara el deber de cooperar dejando abierta la cuestión de su ubicación en última instancia, es decir, como una disposición aparte o como un párrafo adicional del artículo 5. Su propuesta de un nuevo proyecto de artículo A[292] estaba inspirada en el proyecto de artículo 17, párrafo 4, que se refiere a la cooperación en casos de emergencia, del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008[293], que, a su vez, se inspiraba en el artículo 28 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 1997. Señaló que las primeras cuatro categorías de cooperación que había identificado también se mencionaban en el proyecto de artículo 17, párrafo 4.

59. Los párrafos 117 a 181 del quinto informe del Relator Especial estaban dedicados a las condiciones que un Estado puede establecer para la prestación de asistencia. La

---

[291] Los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción decían lo siguiente:

«*Artículo 5* bis. *Formas de cooperación*

A los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Artículo 12. Ofrecimientos de asistencia

Los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado para responder a un desastre. Las organizaciones no gubernamentales pertinentes también pueden ofrecer asistencia al Estado afectado.

Artículo 13. Condiciones de prestación de la asistencia externa

El Estado afectado puede establecer condiciones para la prestación de la asistencia externa. Dichas condiciones deben ajustarse al presente proyecto de artículos, a las normas del derecho internacional aplicables y al derecho interno del Estado afectado. Estas condiciones deben tener en cuenta las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia. Al formular tales condiciones el Estado afectado debe indicar el alcance y el tipo de la asistencia requerida.

Artículo 14. Facilitación de la asistencia externa

1. El Estado afectado tomará las medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa, en particular en relación con:

a) el personal de socorro civil y militar, en ámbitos como los privilegios e inmunidades, las condiciones de los visados y de entrada, los permisos de trabajo y la libertad de circulación; y

b) los bienes y el equipo, en ámbitos como la reglamentación aduanera y los aranceles, la imposición, el transporte, así como su disposición ulterior.

2. El Estado afectado se asegurará de que su legislación y su reglamentación pertinentes sean fácilmente accesibles, a fin de facilitar el respeto del derecho interno.

Artículo 15. Cese de la asistencia externa

El Estado afectado y el Estado que preste asistencia y, en su caso, los otros actores que presten asistencia, consultarán entre sí sobre el cese de la asistencia externa y sus modalidades. El Estado afectado, el Estado que preste asistencia, o los otros actores que presten asistencia que deseen el cese de la actividad lo notificarán de manera apropiada.»

[292] El proyecto de artículo A decía lo siguiente:

«*Proyecto de artículo A. Desarrollo del deber de cooperar*

Los Estados y otros actores mencionados en el proyecto de artículo 5 prestarán cooperación científica, técnica, logística y de otra índole al Estado afectado, cuando proceda. Dicha cooperación podría incluir la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, así como la puesta a disposición de personal, equipo y suministros de socorro, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria.»

[293] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

cuestión se examinó desde tres perspectivas concurrentes: el cumplimiento de la legislación nacional; las necesidades constatables y el control de la calidad; y las limitaciones de las condiciones con arreglo al derecho internacional y nacional. Se señaló que las principales conclusiones alcanzadas en relación con cada uno de esos aspectos estaban recogidas de manera implícita en varios proyectos de artículo ya aprobados por la Comisión. En particular, en la base de las tres perspectivas, estaba el principio fundamental recogido en el proyecto de artículo 11, párrafo 1, con arreglo al cual la prestación de asistencia externa estaba sujeta al consentimiento del Estado afectado. La facultad del Estado afectado para establecer las condiciones que debe cumplir el ofrecimiento de asistencia era el corolario del papel fundamental del Estado afectado de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio, de conformidad con el proyecto de artículo 9.

60. En opinión del Relator Especial, se requería que los actores que prestasen asistencia lo hicieran en cumplimiento de la legislación nacional del Estado afectado. No obstante, el derecho a condicionar la prestación de asistencia al cumplimiento de la legislación nacional no era absoluto. El Estado afectado tenía el deber de facilitar la prestación de asistencia pronta y efectiva en cumplimiento de las obligaciones soberanas respecto de su población. Los Estados tenían la obligación de ayudar a asegurar el cumplimiento de la legislación nacional y la obligación de considerar si debe dejarse sin efecto la aplicabilidad de determinadas disposiciones de la legislación nacional en casos de desastre. Este último elemento estaba relacionado, entre otras cosas, con: la concesión de privilegios e inmunidades; los requisitos de visado y entrada, los requisitos y aranceles aduaneros; y la cuestión de la calidad y libertad de la circulación. Tras examinar la práctica existente, el Relator Especial entendió que, más que un requisito estricto y absoluto de establecer exenciones en caso de un desastre, el Estado afectado debía considerar si era razonable la exención teniendo en cuenta sus obligaciones de prestar asistencia pronta y efectiva y de proteger a la población. En su opinión, era suficiente con indicar que el Estado afectado puede imponer condiciones a la prestación de asistencia siempre que se ajusten al derecho nacional e internacional y propuso por tanto a ese efecto el proyecto de artículo 13[294].

61. El Relator Especial señaló que el deber de cooperar conllevaba también el deber del Estado afectado y de los actores que prestan asistencia de consultar entre ellos para determinar la duración del período de asistencia. Dichas consultas podían tener lugar antes de que se prestara la asistencia o durante el período de prestación de esta, a iniciativa de cualquiera de las partes. A ese fin propuso, por tanto el proyecto de artículo 14[295].

[294] El proyecto de artículo 13 decía lo siguiente:

«*Proyecto de artículo 13. Condiciones a la prestación de asistencia*

El Estado afectado podrá imponer condiciones a la prestación de asistencia, que deberá ajustarse a su derecho interno y al derecho internacional.»

[295] El proyecto de artículo 14 decía lo siguiente:

«*Proyecto de artículo 14. Terminación de la asistencia*

El Estado afectado y los actores que presten asistencia consultarán entre sí para determinar la duración de la asistencia externa.»

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

62. Al formular comentarios sobre el enfoque adoptado por la Comisión en los proyectos de artículo anteriormente aprobados, se dijo que era preferible no analizar la relación entre el Estado afectado y terceros Estados en términos de «derechos» y «deberes», sino más bien desde la perspectiva de la cooperación. Se señaló que, en la gran mayoría de los casos, no había mala fe por parte del Estado afectado y que en los pocos casos extremos en que los Estados denegaron arbitrariamente el consentimiento, era improbable que un enfoque de derecho-deber hubiera sido de utilidad para las personas afectadas por desastres. Además, algunos miembros observaron que la existencia de «derechos» o «deberes» en esta área del derecho contaba con muy poca base en la práctica estatal. También se consideró dudoso que fuera adecuado referirse a tales conceptos como aplicables a actores no estatales. Asimismo, se dijo que la incapacidad para especificar consecuencias jurídicas por el incumplimiento de un deber, por ejemplo el de no denegar arbitrariamente el consentimiento, sugería que el concepto de deber que se estaba aplicando carecía de contenido.

63. Según otra opinión, la función del derecho, incluido el derecho internacional, era, entre otras cosas, regular las situaciones en que existían posibles contravenciones de normas y principios aceptados. Con arreglo a esta opinión, no se podía rebajar la importancia de las normas jurídicas al establecer la distinción entre acciones aceptables e inaceptables, en particular en el contexto de Estados que actúen con mala fe. Asimismo se dijo que la articulación de derechos y deberes mínimos no debía ser considerada *a priori* como una forma de inhibir el fomento de la cooperación voluntaria.

64. Se expresaron dudas respecto de la utilidad de aprobar los proyectos de artículo en forma de convención. Según otra opinión, por su propia naturaleza, el proyecto de artículos conllevaba la necesidad de legislación más específica para su aplicación en el derecho interno. Se sugirió que la Comisión tuviera este aspecto en cuenta al examinar la forma que adquiriría en última instancia el proyecto de artículos, que podía ser la de una convención marco o una serie de principios rectores.

65. Se propuso que la Comisión considerase la posibilidad de formular un instrumento modelo para las operaciones de socorro humanitario en casos de desastre basado en un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas, que podría figurar en un anexo del proyecto de artículos y que tendría fines prácticos. Si bien algunos oradores se mostraron partidarios de abordar algunos de los aspectos prácticos del tema, otros expresaron dudas sobre la viabilidad de la propuesta.

b) *Comentarios sobre el proyecto de artículo A*

66. En general hubo apoyo a la propuesta de seguir desarrollando el deber de cooperar dentro del proyecto de artículos. Al mismo tiempo se sugirió que el proyecto de artículos se hiciera más preciso. Por ejemplo, se sugirió que se hiciera referencia también a asistencia financiera

como una de las formas en las que los Estados y otros actores podrían prestar asistencia. También se sugirió que se incluyera una referencia a que los actores que presten asistencia consultaran con el Estado afectado a fin de verificar el tipo de asistencia requerido.

67. Se dijo que el proyecto de artículo A no se refería en sí mismo al deber de cooperar, que existía a nivel de principio, sino más bien al deber más operativo de prestar cooperación o asistencia en las formas enumeradas. Así pues, la disposición también estaba relacionada con el proyecto de artículo 12. Se observó que el empleo del verbo en futuro parecía contradecir la posición general de que no existía obligación jurídica de prestar asistencia. También se expresó inquietud por que la redacción del proyecto de artículo pareciera limitar la discrecionalidad de los Estados que prestan asistencia para determinar la naturaleza de la asistencia que iba a prestarse.

68. Según otra opinión, no era adecuado hablar en términos de obligaciones jurídicas al referirse al deber de cooperar, dada su naturaleza general y discrecional. También se pidió mayor claridad sobre los actores a los que se estaba imponiendo el deber en el proyecto de artículo. Se expresaron dudas asimismo sobre la viabilidad de que en el proyecto de artículos se impusieran obligaciones a actores no estatales.

69. Se sugirió que era preciso tener en cuenta el hecho de que la envergadura de los daños personales ocasionados por un desastre era con frecuencia resultado de la pobreza, la falta de viviendas seguras y adecuadas y de acceso a servicios sanitarios y agua potable.

c) *Comentarios sobre el proyecto de artículo 13*

70. Se dijo que, si bien existían ciertas condiciones que no podían imponerse para la prestación de asistencia, como norma general el Estado afectado podía hacer depender la prestación de asistencia de las condiciones que considerase necesarias. Algunos miembros también se mostraron de acuerdo con la opinión de que, a la hora de determinar el alcance de las condiciones apropiadas impuestas, deberían tenerse en cuenta los principios de soberanía del Estado y de no injerencia, a la vez que debían tenerse en consideración las responsabilidades de los Estados de proteger a las personas que se encuentren en su territorio. Así pues, cualquier condición impuesta por el Estado afectado debería ser razonable y no socavar el deber de proteger, incluido el deber de facilitar asistencia, ni dar lugar a la denegación arbitraria del consentimiento para la asistencia externa (art. 11, párr. 2). Se sugirió también que tenía que aclararse que las condiciones impuestas por el Estado afectado para la prestación de asistencia debían ajustarse en primer lugar, y sobre todo, a las normas internacionales y nacionales de derechos humanos. Asimismo se sugirió que se hiciera referencia a la necesidad de adoptar una perspectiva de género a fin de asegurar una mayor efectividad de la asistencia que se prestara.

71. Se dijo que el proyecto de artículo podía ser más detallado e incluir referencias a los diversos elementos abordados en el informe del Relator Especial. Según otra opinión, la relativa falta de detalle en la propuesta del Relator Especial hacía surgir el riesgo de interpretaciones generales innecesarias por parte de los Estados afectados sobre el alcance de las condiciones que podían imponerse a la prestación de asistencia.

72. Se expresó la opinión de que la cuestión principal era obtener las exenciones necesarias en la legislación nacional para permitir la pronta prestación de asistencia, y se dijo que la disposición fuera más específica en ese punto. Se manifestó acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que el Estado afectado considerase si era razonable eximir del cumplimiento de su derecho interno en cada circunstancia concreta a fin de asegurar la asistencia pronta y efectiva. Con arreglo a otra opinión, no era fácil pedir a los Estados que simplemente dejaran sin efecto su legislación nacional, ya que eso podía dar lugar a dificultades en relación con sus respectivos sistemas constitucionales y plantear cuestiones respecto del estado de derecho. Según otra sugerencia podía recomendarse que los Estados anticiparan específicamente en su legislación la posibilidad de eximir del cumplimiento de requisitos internos en casos de desastre.

d) *Comentario sobre el proyecto de artículo 14*

73. Si bien varios miembros se mostraron satisfechos con la inclusión del proyecto de artículo 14, que, en su opinión, daría mayor seguridad jurídica a la prestación de la asistencia, otros cuestionaron su utilidad y recomendaron que se eliminara o se sustituyera por una cláusula de salvaguardia. Se expresó inquietud por que la disposición pareciera condicionar la terminación de la existencia de consultas. Se sugirió que se requería una disposición más flexible que reflejara las diversas realidades que podían surgir. También se sugirió que la disposición reconociera de manera más explícita que la duración de la asistencia era, en última instancia, una cuestión que debía decidir el Estado afectado. Otros miembros advirtieron sobre los riesgos de un enfoque que reconociera un derecho uniforme y unilateral de los Estados afectados de poner fin a la asistencia que se les estaba prestando, ya que ello podía incidir de manera innecesaria en los derechos de las personas afectadas.

74. Entre las sugerencias formuladas para mejorar el texto se dijo que se especificara que, tras el cese de la asistencia, las respectivas partes deberían cooperar en la repatriación de los materiales y el personal. También se sugirió que podía hacerse referencia a la necesidad de un procedimiento de terminación acordado entre el Estado afectado y los actores que prestaban la asistencia.

3. Observaciones Finales del Relator Especial

75. El Relator Especial advirtió que no era conveniente volver a examinar proyectos de artículo que ya habían sido aprobados provisionalmente. En su opinión era más apropiado tener en cuenta los comentarios y observaciones formulados sobre proyectos de artículo previamente aprobados en la segunda lectura del proyecto de artículos.

76. El Relator Especial estuvo de acuerdo con las opiniones expresadas durante el debate de que el proyecto de artículo 13 podría ser más detallado con objeto de tener mayor valor práctico y convino en hacer sugerencias al efecto al Comité de Redacción.

77. En cuanto a la relación entre el proyecto de artículo 5 y el proyecto de artículo A, el Relator Especial recordó que el proyecto de artículo 5, en términos generales, establecía el deber de cooperar en el contexto específico de los desastres. El proyecto de artículo A indicaba los ámbitos principales en los que debía tener lugar dicha cooperación. En su opinión, las reticencias planteadas por algunos miembros eran más bien terminológicas y podían resolverse en el Comité de Redacción.

78. En cuanto a la propuesta de negociar un modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para los desastres, señaló que el modelo de estatuto preparado por la Secretaría de las Naciones Unidas[296] preveía las actividades de las fuerzas militares de los Estados para operaciones de mantenimiento de la paz. Sin embargo, la preparación por la Comisión de un acuerdo modelo de ese tipo, en el contexto de los desastres, tendría que incluir las actividades de actores no militares. Observó que el modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas de las Naciones Unidas era muy detallado, al igual que ocurría con textos similares elaborados en otros foros, así como en modelos nacionales para la defensa civil. Si bien no podía negarse la utilidad de dichos documentos, en su opinión una tarea de ese calibre excedería el alcance del tema aprobado por la Comisión.

79. En cuanto a la cuestión de la forma final del proyecto de artículos, el Relator Especial recordó que el planteamiento de elaborar proyectos de artículo era simplemente la práctica habitual de la Comisión y que no prejuzgaba la forma final que estos fueran a adoptar. Seguía estando abierto respecto de esa cuestión y prefería dejar su consideración hasta una etapa posterior.

80. El Relator Especial señaló asimismo su intención de dedicar la mayor parte de su siguiente informe a la reducción de los riesgos de desastre, incluida la prevención y mitigación de los desastres. El informe podía extenderse a la protección del personal de asistencia humanitaria. También tenía previsto proponer un proyecto de artículo sobre las definiciones, así como otras disposiciones de carácter general.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobados hasta el momento por la Comisión

81. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión[297].

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplicará a la protección de las personas en casos de desastre.

Artículo 2. Objeto

El presente proyecto de artículos tiene por objeto facilitar una respuesta eficaz y adecuada a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos.

Artículo 3. Definición de desastre

Se entiende por «desastre» un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionen pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad.

Artículo 4. Relación con el derecho internacional humanitario

El presente proyecto de artículos no se aplicará a situaciones en que sean aplicables las normas del derecho internacional humanitario.

Artículo 5. Deber de cooperar

De conformidad con los presentes artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, así como con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales competentes, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y con las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Artículo 6. Principios humanitarios en la respuesta a los desastres

La respuesta a los desastres se llevará a cabo con arreglo a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables.

Artículo 7. Dignidad humana

Al responder a los desastres, los Estados, las organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes respetarán y protegerán la dignidad inherente a la persona humana.

Artículo 8. Derechos humanos

Las personas afectadas por los desastres tendrán derecho a que se respeten sus derechos humanos.

Artículo 9. Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado, en virtud de su soberanía, tendrá el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio.

2. Corresponderá al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicho socorro y asistencia.

Artículo 10. Deber del Estado afectado de buscar asistencia

El Estado afectado tendrá el deber de buscar asistencia, según proceda, de terceros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes cuando el desastre supere su capacidad nacional de respuesta.

Artículo 11. Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

1. La prestación de asistencia externa requerirá el consentimiento del Estado afectado.

2. El consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente.

3. Cuando se haga un ofrecimiento de asistencia conforme al presente proyecto de artículos, el Estado afectado comunicará, cuando sea posible, su decisión sobre ese ofrecimiento.

[296] A/45/594.

[297] Para los comentarios a los proyectos de artículo 1 a 5, véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 331. Para los comentarios a los proyectos de artículo 6 a 11, véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 289.

Capítulo VI

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

82. La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[298]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema que se facilitó a la Comisión en su 60.º período de sesiones[299].

83. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar[300] en su 60.º período de sesiones (2008) y los informes segundo[301] y tercero[302] en su 63.º período de sesiones (2011). La Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009) ni en su 62.º período de sesiones (2010)[303].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

84. La Comisión, en su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Roman A. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión.

85. La Comisión tuvo ante sí el informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/654). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3143.ª a 3147.ª, celebradas los días 10, 12, 13, 17 y 20 de julio de 2012.

1. Presentación del informe preliminar de la Relatora Especial

86. En el informe preliminar se analizaba la labor realizada por la Comisión hasta el momento, presentando, entre otras cosas, un resumen de la labor realizada por el anterior Relator Especial, así como de los debates que tuvieron lugar sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. También se abordaban las cuestiones sobre las que no hay consenso y que debían examinarse durante el quinquenio actual, centrándose sobre todo en la distinción y la relación entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*, y la base para dicha inmunidad, la distinción y la relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo y sus consecuencias para la inmunidad, el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, incluidas las posibles excepciones, y las cuestiones procesales relacionadas con la inmunidad. El informe también sugería un plan de trabajo.

87. En su presentación del informe, la Relatora Especial destacó que se trataba de un informe de transición, que tenía en cuenta la labor realizada por el anterior Relator Especial en sus tres informes y por la Secretaría en su memorando, que seguirían constituyendo instrumentos útiles para el futuro trabajo de la Comisión, así como los progresos realizados en los debates de la Comisión y de la Sexta Comisión. Al mismo tiempo se identificaban qué cuestiones debían examinarse durante el presente quinquenio, de manera que se pudiera celebrar un debate estructurado y dar una respuesta efectiva a las múltiples cuestiones suscitadas por el tema. A este respecto, la Relatora Especial se concentró en varios aspectos metodológicos. En primer lugar, se subrayó que el tema era complejo y políticamente delicado. A pesar de los tres informes preparados por el anterior Relator Especial y de los debates celebrados en la Comisión y la Sexta Comisión, el tema seguía ofreciendo una gran diversidad de perspectivas y había muchos puntos de discrepancia que requerían un nuevo enfoque, aun teniendo presente la valiosa labor ya realizada. En segundo lugar, se subrayó que el mandato de la Comisión abarcaba tanto la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional como su codificación. A este respecto, formaba parte de los métodos de trabajo de la Comisión examinar tanto la *lex lata* como *lex ferenda*. Se trataba de un tema clásico del derecho internacional, que, sin embargo, tenía que considerarse a la luz de nuevos problemas y planteamientos. En tercer lugar, se subrayó que al tratar el tema era preciso adoptar un enfoque sistémico, teniendo presente que el resultado de la labor de la Comisión tendría que incorporarse al ordenamiento jurídico internacional para que formara parte de él. Eso quería decir que era crucial adoptar un enfoque sistémico a fin de indagar las diversas relaciones existentes entre las normas relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado y los principios estructurales y valores esenciales de la comunidad internacional y el derecho internacional, incluidos los que tienen por objeto la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad. A este respecto, era necesario mantener un equilibrio entre los diversos intereses existentes. En cuarto lugar, era preciso celebrar un debate bien centrado

[298] En su 2940.ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del Informe de la Comisión (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257).

[299] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

[300] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

[301] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

[302] *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646.

[303] Véanse *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

y estructurado sobre las diversas cuestiones, distinguiendo grupos claramente delimitados de cuestiones básicas que debían examinarse de manera sucesiva, aunque se reconoció que las cuestiones de fondo que planteaba el tema tenían carácter transversal y estaban interrelacionadas. Se señaló que el plan de trabajo indicado en el informe preliminar se proponía teniendo presente este objetivo.

88. La Relatora Especial destacó también varias cuestiones de fondo que era crucial abordar para desentrañar las cuestiones que el tema genera. La primera era la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Aunque la distinción estaba bien fundada en la doctrina, era necesario tener en cuenta además las consecuencias que se derivarían de dicha distinción y sus efectos. En segundo lugar, era necesario precisar la dimensión funcional de la inmunidad a fin de que no se produjeran contradicciones innecesarias con otros principios y valores de la comunidad internacional. En tercer lugar, sería necesario determinar cuáles eran los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y si resultaba oportuno elaborar una lista, abierta o cerrada. En cuarto lugar, convendría determinar qué se entendía por «acto oficial» a efectos de la inmunidad, teniendo en cuenta sus implicaciones con respecto a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y la responsabilidad penal internacional del individuo. En quinto lugar, sería preciso analizar si había posibles excepciones a la inmunidad y las normas aplicables al respecto. En sexto lugar, era de vital importancia examinar la cuestión de los delitos internacionales teniendo en cuenta la cuestión general de los valores esenciales de la comunidad internacional, y por último sería oportuno examinar los aspectos procesales relativos al ejercicio de la inmunidad. La Relatora Especial recordó que el anterior Relator Especial se había ocupado en buena medida de estos aspectos. Con todo, al no haberse alcanzado un consenso sobre los mismos, sería útil que la Comisión se replanteara las cuestiones controvertidas desde una nueva perspectiva. A tal efecto, la Relatora Especial anunció su voluntad de presentar desde su próximo informe proyectos de artículos.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

89. Los miembros de la Comisión acogieron favorablemente el informe preliminar de la Relatora Especial y la prioridad dada a los aspectos metodológicos, teóricos y estructurales, a fin de fijar una hoja de ruta para la labor futura de la Comisión. Los miembros coincidieron con la Relatora Especial en reconocer la valiosa y erudita contribución del Sr. Roman A. Kolodkin, anterior Relator Especial, cuya labor, junto con el memorando de la Secretaría, seguiría siendo de suma utilidad para los trabajos de la Comisión.

90. Los miembros recordaron también la complejidad del tema y las complicaciones políticas que creaba a los Estados. A este respecto, algunos miembros advirtieron que era importante que el enfoque metodológico y teórico que se adoptara fuera neutral y no prejuzgara los debates sobre cuestiones de fondo. Se señaló también que el cambio de Relator Especial no entrañaba necesariamente un cambio radical de enfoque.

91. Algunos otros miembros expresaron la esperanza de que los resultados de la labor de la Comisión contribuyeran de manera positiva a la lucha contra la impunidad y no fueran en detrimento de todo lo logrado hasta el momento en este campo.

b) *Consideraciones metodológicas*

i) *El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*

92. Algunos miembros consideraron que la distinción entre el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación era especialmente importante en el examen del presente tema. Se sugirió que en lo posible la Comisión distinguiera entre lo que era codificación y las propuestas que se hacían a los Estados con miras a un desarrollo progresivo del derecho; convenía hacerlo sobre todo porque este sector del derecho era aplicada principalmente por tribunales nacionales en asuntos políticamente delicados. Esa especificación diferenciada contribuiría a dar orientación a esos tribunales.

93. Además, como en el examen del presente tema la Comisión debería abordar probablemente cuestiones relativas a la evolución de diversos aspectos del derecho internacional, se sostuvo que, para una mayor transparencia, deberían distinguirse analíticamente las normas que constituyen *lex lata* de las propuestas *de lege ferenda*.

94. Algunos miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que, al examinar el tema, sería útil centrarse al principio en las consideraciones que reflejan la *lex lata* y más adelante tener en cuenta eventuales propuestas *de lege ferenda*.

95. Algunos otros miembros, por otra parte, subrayaron que era esencial que la diferencia entre codificación y desarrollo progresivo no se transformara en una contraposición forzada entre un derecho conservador y un derecho progresista, ni se identificara la *lex lata* con la codificación o el desarrollo progresivo con la *lex ferenda*. Cuando la Comisión trabaja en el desarrollo progresivo del derecho no se limita simplemente a establecer lo que cree que ese derecho es o debería ser; procede mediante una evaluación de la práctica de los Estados aun cuando el derecho pueda no estar suficientemente desarrollado o ser poco claro, o bien la cuestión no esté regulada. El desarrollo progresivo del derecho internacional forma parte del mandato de la Comisión tanto como la codificación. Todo este proceso es demasiado sutil y uniforme para que pueda trazarse una línea divisoria clara.

96. A este respecto, se expresaron dudas de que hubiera un argumento concluyente para establecer una neta distinción, a efectos metodológicos, entre la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Se recordó que en la práctica de la Comisión no se había establecido tal diferenciación entre codificación y desarrollo progresivo; se trataba probablemente de una distinción basada más en la retórica que en la práctica, aunque ocasionalmente al comentar proyectos de artículo se indicara que la vía seguida por la Comisión en una cuestión determinada representaba un desarrollo progresivo.

97. Se consideró de importancia crucial que la Relatora Especial llevara a cabo un análisis objetivo de la evidencia pertinente de la práctica, la doctrina y eventuales nuevas tendencias, a la luz de los valores y principios pertinentes del derecho internacional contemporáneo y que, sobre esa base, propusiera proyectos de artículo apropiados sobre el tema.

ii) *Enfoque sistémico*

98. Algunos miembros estimaron que el enfoque sistémico propuesto por la Relatora Especial, aunque aparentemente útil, era abstracto y deductivo. Se resaltó como contraste que un enfoque inductivo y basado en la práctica era el más adecuado para tomar decisiones bien fundadas en cuestiones de derecho, ya se tratara de determinar la *lex lata* o de presentar propuestas *de lege ferenda*. Se insistió en que incluso las categorizaciones abstractas tenían fundamentos empíricos y debían justificarse de este modo.

99. Por otra parte, se advirtió de que no había que precipitarse al determinar lo que un enfoque sistémico entrañaba. Era importante que la Comisión eligiera sus opciones jurídicas teniendo en cuenta la necesidad de establecer un equilibrio entre el respeto de la soberanía y la preocupación por las personas vulnerables, en particular las víctimas de crímenes de extrema gravedad. Era esencial que la Comisión fuese sensible a los valores incorporados en el derecho internacional contemporáneo que, si bien seguía respetando la soberanía y los conceptos relacionados con ella como la inmunidad, también favorecía el humanismo jurídico y reconocía la existencia de una sociedad internacional.

iii) *Tendencias en derecho internacional*

100. Algunos miembros señalaron que la Comisión debía ser cautelosa a la hora de mantener que había una «tendencia» a limitar las inmunidades ante las jurisdicciones nacionales y su alcance. Se recordó ciertamente que en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania* c. *Italia: intervención de Grecia)*[304], la Corte Internacional de Justicia había rechazado el argumento referente a la práctica de los tribunales italianos de que existía una tendencia en derecho internacional según la cual la inmunidad del Estado se estaba restringiendo cada vez más en la aplicación del principio de responsabilidad civil territorial por *acta jure imperii*, cuando en realidad existía la tendencia contraria de reafirmar la inmunidad ante las jurisdicciones penales nacionales. Además, se observó que la decisión *Pinochet*[305], emitida en 1999, no había tenido gran seguimiento. Algunos otros miembros se refirieron al voto particular conjunto emitido por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a *Orden de detención*, en la que estos parecían indicar que, en el mejor de los casos, no existía norma alguna respecto de la inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere a los crímenes internacionales más graves y que podía haber una tendencia que indicaba la ausencia de inmunidad[306].

iv) *Valores de la comunidad internacional*

101. Acerca de la cuestión conexa de los valores de la comunidad internacional, algunos miembros señalaron la posible dificultad de convertir un argumento basado en los valores en normas operativas y principios de derecho internacional. Se opinó que el tema decisivo a este respecto no era tanto si era necesario dar efectividad a los principios y valores de la comunidad internacional que estaban igualmente en fase de integración en el derecho internacional, en particular los valores relativos a la lucha contra la impunidad, como había sugerido la Relatora Especial, sino saber cómo se debía hacer. A este respecto se señaló que las normas relativas a la inmunidad representaban también valores de la comunidad internacional. Si quería procederse de manera equilibrada, se trabajaría sobre una base más sólida si el examen se realizaba en el marco de las normas generales sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario.

102. También se hizo una advertencia acerca de la utilización de expresiones como «sistema de valores», ya que pueden entenderse como eufemismos cuya finalidad es dar prioridad a determinados valores en detrimento de otros.

103. Otros miembros expresaron una opinión contraria y observaron que el derecho no existía en el vacío ni era necesariamente neutral. En cualquier caso, el enfoque propuesto por la Relatora Especial era más revelador de sus intenciones de proceder de manera transparente que indicador de un giro radical con respecto a lo que ha hecho siempre la Comisión, es decir ocuparse de los principios y valores de la comunidad internacional, que es una de las funciones típicas del derecho en la sociedad. De hecho, en el programa del tema se ponen de relieve estos aspectos y los posibles enfoques[307]. La cuestión central en relación con el tema, es decir, si había que realzar el valor de la inmunidad en las relaciones entre Estados o bien optar por promover el valor que da prioridad a la lucha contra la impunidad, era básicamente un debate acerca de los principios y valores de la comunidad internacional.

v) *Identificación de las cuestiones básicas*

104. Se reconoció que identificar cuáles eran las cuestiones básicas para el examen analítico y su estudio, siguiendo un enfoque de análisis paso a paso, era una técnica útil. Se señaló, sin embargo, la importancia de tener presente la interrelación e interconexión de determinadas cuestiones entre las que quizás quisieran establecerse distinciones, aunque solo fuera por motivos analíticos. Ello adquiría aún mayor importancia si se reconocía que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* derivaban de una fuente jurídica común de las normas sobre la inmunidad, a saber la inmunidad del Estado. De manera análoga, se señaló que había una estrecha relación

[304] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, fallo de 3 de febrero de 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 99.

[305] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (N.º 3), Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), págs. 135 y ss.

[306] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, fallo de 14 de febrero de 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 3 y ss., en particular págs. 88 y 89, opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 85.

[307] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), anexo I.

entre la inmunidad en asuntos penales y en asuntos civiles, ya que podía existir una influencia mutua.

c) *Consideraciones sustantivas*

105. Algunos miembros consideraron que, si bien la inmunidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado no eran idénticas, tenían su origen en la misma premisa de que, en el campo del derecho internacional, resultaba problemático que un Estado se erigiese fácilmente en juez, en sus tribunales internos, de otro Estado o de sus funcionarios; tanto los funcionarios como el Estado al que pertenecen se ven implicados cuando un tribunal nacional de otro Estado celebra un juicio semejante. En la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que esta demanda de inmunidad para un funcionario público era esencialmente una demanda de inmunidad para el Estado, de la que el funcionario se beneficiaba[308].

106. Haciéndose eco de los sentimientos expresados por la Relatora Especial en su informe, se destacó que, al abordar el fondo de la cuestión, podía ser útil basarse en hechos recientes, como el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania* c. *Italia: intervención de Grecia)*, junto con los votos particulares y disidentes, aun reconociendo que se refería a la inmunidad de jurisdicción civil del Estado.

107. En sus observaciones, los miembros consideraron también útil mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, algunos miembros se refirieron a la afirmación de la Relatora Especial en el informe preliminar de que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* obedecían a un mismo y único fin, que no era otro que «preservar principios, valores e intereses de la comunidad internacional considerada en su conjunto», y tenían como clave de bóveda su «carácter funcional», y pidieron aclaraciones acerca de la significación práctica de estas propuestas para el tema[309], señalando en particular que no había exclusividad en el carácter funcional de la inmunidad. Además, era importante que la funcionalidad se observara a la luz de otros principios de derecho internacional, como la igualdad soberana de los Estados y la no intervención. Otros miembros sugirieron que ambos tipos de inmunidad tenían una justificación común, sobre todo garantizar la estabilidad de las relaciones entre Estados y facilitar el desempeño sin interrupciones de las funciones de representación y otras funciones gubernamentales. También se señaló que la justificación de los dos tipos de inmunidad quizás no fuera exactamente la misma y se indicó que podría ser útil seguir examinando la cuestión a fin de determinar si las eventuales diferencias existentes en las justificaciones posibles eran de tal magnitud que pudieran tener consecuencias diferentes. No obstante, algunos miembros de la Comisión señalaron que, tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae* tienen un inequívoco carácter funcional. Algunos otros miembros se cuestionaron si el término «funcional» era suficientemente inequívoco para ayudar a resolver cuestiones sustantivas subyacentes.

i) *Alcance del tema*

108. Se reconoció que la Comisión se había ocupado ya de determinados aspectos de la inmunidad en lo que se refiere a las relaciones diplomáticas y consulares, las misiones especiales, la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, y la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes. Por consiguiente, estas iniciativas de codificación debían tenerse en cuenta para mantener la consistencia y la armonía de los principios y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional. Asimismo, se observó que la Comisión no debía intentar ampliar o reducir las inmunidades a que ya tenían derecho las personas por su condición de miembros de misiones diplomáticas, oficinas consulares o misiones especiales, o de visitantes oficiales, representantes ante organizaciones internacionales, o como personal militar.

109. Se recordó asimismo que el alcance del tema se limitaba, y debía seguir limitándose, a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por consiguiente, no se refería a la inmunidad de los funcionarios del Estado con respecto a la jurisdicción de tribunales penales internacionales, ni de la jurisdicción de su propio Estado, ni de la jurisdicción civil. Además, tampoco se tenía que abordar necesariamente la cuestión de si el derecho internacional exigía que un Estado ejerciera su jurisdicción penal en determinadas circunstancias, sino más bien la de si un Estado al ejercer su jurisdicción penal había de tener presentes ciertas cuestiones de inmunidad previstas en el derecho internacional y conceder a un funcionario del Estado la inmunidad que le correspondiera.

110. Algunos miembros consideraron útil que la Relatora Especial llevara a cabo un análisis de los aspectos jurisdiccionales, en particular de la medida en que la jurisdicción universal y la jurisdicción penal internacional y su desarrollo guardaban relación con el tema, prestando atención a la labor realizada por la Comisión acerca del proyecto de principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg[310], el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[311], y el establecimiento de la Corte Penal Internacional[312]. Otros miembros, sin embargo, recordaron que, aunque la jurisdicción y la inmunidad estaban relacionadas, como se observó en la causa relativa a la *Orden de detención*[313], eran conceptos distintos y

[308] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, fallo de 4 de junio de 2008, *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 177 y ss., en particular pág. 242, párr. 188.

[309] Párrafos 57 y 58 del informe preliminar (A/CN.4/654).

[310] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374; en español véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12* (A/1316), párrs. 95 a 127. Por lo que respecta al Estatuto del Tribunal de Nuremberg, véase el Acuerdo en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje.

[311] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50.

[312] Véase *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), párrs. 90 y 91.

[313] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, fallo de 14 de febrero de 2002 (véase la nota 306 *supra*), párr. 59.

probablemente no se ganaría mucho con ampliar el examen de las consideraciones jurisdiccionales a los efectos del presente tema.

111. También se sugirió que, dado que la inviolabilidad de la persona estaba estrechamente relacionada con la inmunidad, tenía una importancia práctica inmediata y su incumplimiento conllevaba un posible riesgo de dañar las relaciones entre Estados, el trato dado a la inviolabilidad merecía ser tenido en cuenta al examinar el tema.

ii) *Empleo de determinados términos*

112. Algunos miembros señalaron que el empleo de determinados términos para describir ciertas relaciones, como por ejemplo calificar la inmunidad de «absoluta» o ver la inmunidad como una «excepción», podría no resultar útil para dilucidar el tema, ya que la cuestión esencial era si había inmunidad en un determinado caso y en qué medida estaba o debería estar restringida. Algunos miembros subrayaron la importancia de que la Comisión adoptara un «enfoque restrictivo» al tratar el tema y no diera la impresión de que la inmunidad era «absoluta». Se destacó asimismo que era necesario evitar toda sugerencia de que la teoría funcional de justificación de la inmunidad era de algún modo más intrínsecamente restrictiva que la teoría de la representación u otras teorías. Algunos miembros destacaron que, si había habido alguna iniciativa para limitar la inmunidad, esta había sido de carácter «vertical», tendencia que se ponía de manifiesto en la creación del sistema de justicia penal internacional. A nivel «horizontal», en las relaciones entre Estados, la tendencia apuntaba a una reafirmación de la inmunidad.

113. También se observó que era preciso definir términos como «funcionario del Estado» y que debía haber concordancia entre las versiones en distintos idiomas, asegurándose de que el sentido que se pretendía era el mismo. También afirmaron algunos miembros que, al definir a un funcionario a efectos de la inmunidad *ratione materiae*, debería adoptarse un enfoque restrictivo.

iii) *Inmunidad ratione personae*

114. Se observó que la inmunidad *ratione personae*, basada en la condición de la persona, se aplicaba a la persona en cuestión y expiraba una vez terminado su mandato, y tan solo beneficiaba a un número limitado de personas. Si bien por su naturaleza la inmunidad tenía un alcance amplio, estaba limitada *ratione temporis*.

115. Algunos miembros sugirieron que la afirmación de la Relatora Especial de que la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia parecían indicar la formación de un consenso acerca de la inmunidad *ratione personae* para la troika, con inclusión, en particular, del ministro de relaciones exteriores, debía ser objeto de ulterior examen, al igual de que la cuestión de si otros funcionarios además de la troika gozaban de inmunidad *ratione personae*. Aunque en la causa relativa a la *Orden de detención*[314] la Corte Internacional de Justicia examinó ambos aspectos y concluyó que estaba firmemente establecido en derecho internacional que determinados altos cargos del Estado, como el jefe del Estado, el jefe del gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozaban de inmunidad de jurisdicción en otros Estados, tanto en asuntos civiles como penales, este aspecto del fallo no había estado exento de críticas de otros miembros de la Corte, en la doctrina y también por parte de miembros de la Comisión en debates anteriores.

116. Algunos miembros, sin embargo, consideraron el asunto resuelto. Si bien algunos estaban dispuestos a aceptar la inmunidad *ratione personae* para la troika, y exclusivamente para la troika, otros apuntaron la posibilidad de ampliar su alcance más allá de la troika, con arreglo a los *dicta* de la causa relativa a la *Orden de detención*[315], a fin de abarcar a un estrecho círculo de altos cargos del Estado. Dadas las diferencias existentes en la forma de nombrar funcionarios entre los diversos Estados y la complejidad actual de la organización del gobierno, se reconoció también la dificultad de preparar una lista de esos otros altos cargos. A este respecto, algunos miembros, aun reconociendo la necesidad de proceder con cautela al aumentar el grupo de personas protegidas, sugirieron que sería apropiado que la Comisión fijara los criterios necesarios, que por ejemplo incluirían a la troika y, sobre la base de la orientación impartida en la causa relativa a la *Orden de detención*[316], a otros altos cargos cuando la inmunidad fuera necesaria para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones en representación de sus respectivos Estados. Otra opción propuesta consistió en establecer un régimen modificado de inmunidad *ratione personae* para un segundo grupo de personas no pertenecientes a la troika.

117. La mención ocasional de que puede haber excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera para las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* fue cuestionada por algunos miembros por carecer de fundamento en el derecho internacional consuetudinario. Se expresaron asimismo dudas de que resultara útil adoptar este enfoque incluso en concepto de desarrollo progresivo.

118. Algunos otros miembros consideraron la cuestión desde la perspectiva de que se aplicaba la plena inmunidad *ratione personae* sin que ello perjudicara el desarrollo del derecho penal internacional.

iv) *Inmunidad* ratione materiae

119. Se reconoció que la inmunidad *ratione materiae*, que se basaba en la conducta, seguía existiendo y podía invocarse aun después de que hubiera expirado el mandato de un funcionario. A diferencia de la inmunidad *ratione personae*, beneficiaba a un mayor número de funcionarios. Se sugirió, con todo, que, en vez de intentar establecer una lista de los funcionarios que podían acogerse a la inmunidad *ratione materiae*, se prestara atención al acto en sí.

120. Por lo general, se reconoció la importancia fundamental de definir qué era un acto oficial. Algunos miembros convinieron con la Relatora Especial en que era

[314] Ibíd., párrs. 52 a 55.

[315] Ibíd., párr. 51.

[316] Ibíd., párrs. 51 y 53.

importante estudiar con atención la relación entre las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado y las normas sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado al determinar si un funcionario del Estado actuaba o no en el ejercicio de sus funciones oficiales. Se estimó que había una relación entre la invocación de inmunidad por parte de un Estado y su responsabilidad por una determinada conducta[317].

121. Según algunos miembros, un acto atribuible al Estado a efectos de su responsabilidad por un acto internacionalmente ilícito, incluido un acto ilegal o *ultra vires*, debía considerarse un acto oficial a efectos de la inmunidad.

122. Sin embargo, se argumentó también que podía ser útil seguir reflexionando acerca de si la inmunidad *ratione materiae* se aplicaba a «actos oficiales» que eran ilegales o ultra vires. Se sugirió que, en relación con el presente tema, la atención se centrara en la responsabilidad penal individual, sobre la base del principio de la culpabilidad personal. Algunos miembros consideraron, sin embargo, que este enfoque era insostenible puesto que, por definición, la inmunidad presumía que la persona podía gozar de inmunidad para la comisión de tales actos. Se observó que la Comisión estaría en posición de contribuir de manera positiva a elaborar una definición de «acto oficial», señalándose que, de no haber acuerdo en la existencia de inmunidad respecto de un crimen determinado, la posición por defecto debería ser la falta de inmunidad.

123. Según otra opinión, las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado parecían tener un valor limitado porque su finalidad era posiblemente distinta de la inmunidad. Como la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* estaba ya bien establecida en el derecho de la inmunidad de los Estados, se sugirió que podía servir de inspiración para formular una definición de actos oficiales a efectos de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Esta manera de proceder podría evidenciar una tendencia hacia un enfoque más restrictivo que la noción general de atribución de responsabilidad al Estado.

124. También se observó que era importante tener en cuenta que, si bien la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional de las personas estaban relacionadas, estos dos conceptos planteaban dos cuestiones distintas, que debían tratarse como tales.

125. Por lo general, se alentó a la Relatora Especial a que siguiera analizando con detalle todas las posibilidades. Se sugirió que, si podía darse una respuesta negativa a la pregunta de si una conducta presumiblemente delictiva podía atribuirse al Estado del funcionario en virtud de la responsabilidad de los Estados, la consecuencia inevitable era que esa conducta del funcionario no podía tratarse de un «acto oficial» por el que pudiera invocarse la inmunidad *ratione materiae*. Si, por otra parte, esa conducta podía atribuirse realmente al Estado, entonces podía ocurrir que: *a*) la conducta constituyera *per se* un «acto oficial» y por lo tanto el funcionario gozara en todos los casos de inmunidad *ratione materiae*; *b*) la conducta siguiera constituyendo un «acto oficial», pero hubiera algunas circunstancias excepcionales en que pudiese denegarse la inmunidad *ratione materiae*, como cuando la presunta conducta constituyese un delito internacional grave; o *c*) el hecho de que la conducta pudiera atribuirse a un Estado no revelase si se trataba o no de un «acto oficial» a efectos de la inmunidad *ratione materiae*; lo que obligaba a basarse, en cambio, en alguna otra norma, quizás derivada de otros aspectos del derecho internacional relativo a la inmunidad.

v) *Posibles excepciones a la inmunidad*

126. Se reconoció asimismo que la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae* era un problema difícil que merecía la mayor atención. Algunos miembros dudaban de que en el derecho internacional consuetudinario existiera una excepción a la inmunidad *ratione materiae* basada en los derechos humanos o el derecho penal internacional.

127. Otros miembros observaron que había algunas peculiaridades de que debía ocuparse la Comisión al abordar la cuestión de la definición de los términos «actos oficiales» o «en el ejercicio de sus funciones oficiales». Cabía elegir entre considerar que los delitos internacionales no eran «actos oficiales» o reconocer que los delitos internacionales se cometían de hecho en aplicación de la política del Estado y debían por tanto calificarse de actos «oficiales» por los que no se concedería inmunidad. En ambos casos, era necesario analizar la de los Estados y la jurisprudencia. A este respecto, se subrayó que, si bien en la causa de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania* c. *Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia se ocupó de un asunto relativo a la inmunidad de los Estados, el razonamiento básico de la Corte parecía aplicarse también al examen del presente tema. No obstante se dijo que la Corte había hecho hincapié en que, en esa causa, se abordaba únicamente la cuestión de la inmunidad del propio Estado de la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, y que no se entraba en la cuestión de si podría caber la inmunidad en el supuesto del inicio de actuaciones penales contra un funcionario del Estado ni en la de la medida en que, de caber dicha inmunidad, sería aplicable.

128. El fallo de la Corte suscitó diferentes opiniones entre los miembros acerca de las cuestiones que debían ser objeto de ulterior análisis.

129. Algunos miembros estimaron útil, para abordar el fondo del tema, que la Comisión conceda analógicamente el mismo valor a la totalidad del fallo, incluidos los votos particulares y disidentes. De este modo se prestó especial atención y se atribuyó importancia a: *a*) la necesidad de acentuar la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, lo que, para la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, implicaría una restricción en comparación con los años correspondientes del inicio del siglo XX; *b*) la necesidad de reconocer la dificultad de concebir un derecho internacional moderno que, por una parte, adoptara una concepción absoluta de la soberanía al responder a delitos graves que preocupaban a la comunidad internacional, mientras que, por otra, permitía restricciones a la soberanía por intereses comerciales;

[317] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, fallo de 4 de junio de 2008 (véase la nota 308 *supra*), párr. 196.

c) el hecho de derivar del examen de la práctica estatal en lo tocante a la «excepción por responsabilidad civil» a la inmunidad del Estado la restricción correspondiente a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros, en particular cuando no hay una práctica estatal claramente definida en uno u otro sentido.

130. Algunos otros miembros señalaron que el caso de presuntas contravenciones de normas de *jus cogens* que podían constituir una excepción debía tratarse por separado del caso de la comisión de crímenes internacionales, dando también aquí un tratamiento distinto a cada crimen, y definiendo con precisión términos como «crímenes internacionales», «crímenes contemplados en derecho internacional», «crímenes graves contemplados en derecho internacional» o crímenes que constituyen vulneraciones del *jus cogens* o de obligaciones *erga omnes*. También se observó que la metodología básica de la Corte era útil para examinar el tema, ya que había estudiado la práctica de los tribunales nacionales y no había encontrado fundamentación suficiente del argumento de que había una limitación de la inmunidad del Estado basada en la gravedad de la infracción que señalara la necesidad de asumir la existencia de una inmunidad *ratione materiae*, salvo que hubiera una práctica generalizada de los Estados que pusiera de manifiesto una limitación basada exclusivamente en la gravedad de la presunta infracción.

131. En cuanto al *jus cogens*, se recordó que en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania* c. *Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia había afirmado que no había ningún conflicto entre una norma de *jus cogens* y una norma de derecho consuetudinario que exigiera que un Estado concediera inmunidad a otro. Las dos series de normas se ocupaban de asuntos distintos, ya que las normas sobre la inmunidad del Estado tenían carácter procesal y se limitaban a determinar si los tribunales de un Estado podían ejercer o no jurisdicción sobre otro Estado, y no guardaban relación alguna con la cuestión de las normas sustantivas, que podrían ser de *jus cogens*, ni con la cuestión de si la conducta que daba lugar a la acción judicial era lícita o ilícita[318]. No obstante, otros miembros de la Comisión observaron que en algunos votos particulares y votos disidentes de los magistrados se entendía que el *jus cogens* afectaba a las normas relativas a la inmunidad.

132. Se sugirió también que, aunque no había una práctica establecida de los Estados, era posible, como cuestión de desarrollo progresivo, y después de sopesar el potencial de perturbación de las relaciones amistosas entre Estados junto con el deseo de impedir la impunidad por crímenes abominables, examinar la viabilidad de: *a*) permitir solo al Estado donde se cometió el delito o al Estado cuyos nacionales fueron perjudicados por el delito denegar una alegación de inmunidad; *b*) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo en casos en que el infractor estuviese físicamente presente en el territorio del Estado; y/o *c*) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo cuando el procesamiento haya sido autorizado por el ministro de justicia o una autoridad comparable de ese Estado.

[318] *Immunités juridictionnelles de l'État*, fallo de 3 de febrero de 2012 (véase la nota 304 *supra*), párrs. 92 a 95.

133. Reconociendo que había cuestiones de fondo relativas a las garantías procesales, se hizo también la sugerencia de que podría ser útil que la Comisión examinara, en el contexto del presente tema, la discrecionalidad de la Fiscalía y la posibilidad de exigir al fiscal que, en una fase inicial del procedimiento, decidiera, tras un primer examen, que el funcionario no tiene derecho a la inmunidad. Teniendo en cuenta estos aspectos un tribunal podría ejercer su jurisdicción penal para desestimar acusaciones infundadas.

d) *Aspectos procesales*

134. Algunos miembros consideraron que los aspectos de fondo y de procedimiento del tema estaban estrechamente relacionados y que quizás hubiera más posibilidades de llegar a un consenso sobre algunos aspectos si se abordaban en primer lugar los aspectos procesales. Sin embargo, algunos miembros sostuvieron que la atención debía centrarse en los aspectos de fondo de la inmunidad antes de proceder al examen de sus aspectos procesales. Otra posibilidad consistía en abordar tanto las cuestiones de fondo como las de procedimiento al tratar la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

135. También se sugirió que la Comisión abordara también la cuestión de la discrecionalidad de la Fiscalía para garantizar suficientes salvaguardias que evitaran posibles abusos. De hecho, se observó que si se resolvían pronto determinadas cuestiones de procedimiento –como el grado de discrecionalidad concedido al fiscal– podría ser más fácil realizar progresos en las cuestiones de fondo.

e) *Forma final*

136. Algunos miembros estimaron esencial que la Comisión trabajara partiendo de la base de que iba a prepararse un instrumento vinculante. Otros miembros consideraron prematuro decidir la forma final que iba a tomar la labor de la Comisión sobre el presente tema. Sin embargo, en general, se apoyó la intención de la Relatora Especial de preparar y presentar proyectos de artículos sobre el tema, que se completarían en primera lectura durante el presente quinquenio. Aun reconociendo que era demasiado pronto para indicar el número de proyectos de artículos que iban a presentarse, se sugirió que se debería hacer hincapié en el análisis de las cuestiones básicas en vez de establecer normas detalladas sobre todos los aspectos del tema.

3. Observaciones Finales de la Relatora Especial

137. La Relatora Especial expresó su agradecimiento por las observaciones útiles y constructivas hechas por los miembros de la Comisión, haciendo hincapié en que la Comisión trabajaba como un órgano colegiado, y las observaciones formuladas enriquecían el debate y se tendrían plenamente en cuenta en sus futuros trabajos. La Relatora Especial reiteró su voluntad de tomar en consideración la labor realizada por el anterior Relator Especial y por la Secretaría en su memorando[319], y también la labor anterior de la Comisión sobre temas afines, proporcionando al mismo tiempo un nuevo enfoque que facilitase el consenso de la Comisión sobre los aspectos controvertidos del tema.

[319] Véase la nota 299 *supra*.

138. La Relatora Especial también acogió favorablemente la receptividad general mostrada por los miembros en sus observaciones, y el amplio apoyo prestado a la metodología y los enfoques que pensaba seguir, en particular a la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, que se pretendía aplicar en el desarrollo del tema, el enfoque sistemático propuesto y el tratamiento de los distintos bloques de temas de forma sucesiva. En este marco, recordó que ningún enfoque metodológico es absolutamente neutral en los trabajos de la Comisión. La Relatora Especial confirmó que tenía previsto proceder sobre la base de un examen exhaustivo de la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia, tanto en el plano nacional como en el internacional. También afirmó que era necesario tomar en consideración los valores y principios, debiendo concentrarse en aquellos que gozaban de amplia aceptación y reflejaban un consenso internacional. El objetivo general sería adoptar un enfoque equilibrado al ocuparse de la inmunidad que no entrase en contradicción con los esfuerzos de la comunidad internacional por combatir la impunidad en relación con los más graves crímenes internacionales. También señaló que la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad iba a ser extremamente importante en los debates de la Comisión. Se observó que, si bien conceptos como inmunidad «absoluta» o «relativa» tenían limitaciones desde un punto de vista analítico, si bien podían ser útiles para explicar y ofrecer una distinción clara cuando la Comisión se ocupara del régimen de las posibles excepciones. A su juicio, tan solo los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, son crímenes de extrema gravedad y son considerados en general como tales, habiéndose alcanzado un amplio consenso al respecto, por ejemplo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, merecerían ser tenidos en cuenta en cualquier debate sobre posibles excepciones. También en ese contexto sería crucial examinar la práctica de los Estados y la labor anterior de la Comisión.

139. La Relatora Especial concluyó que, a la vista de los debates mantenidos, consideraba que el plan de trabajo contenido en el párrafo 72 de su informe preliminar (A/CN.4/654) seguía siendo plenamente válido. En consecuencia, expresó su intención de proceder de manera sistemática y estructurada al examen y análisis de los cuatro bloques de cuestiones indicados en el plan de trabajo propuesto, a saber, las cuestiones generales de carácter metodológico y teórico, la inmunidad *ratione personae*, la inmunidad *ratione materiae* y los aspectos procesales de la inmunidad, de un modo práctico y concreto, acompañando a cada informe sustantivo los correspondientes proyectos de artículos. Señaló que, de modo tentativo, su intención sería ocuparse el año próximo de las cuestiones generales contenidas en el título 1 de su plan de trabajo, así como de los diversos aspectos relativos a la inmunidad *ratione personae*. También expresó la esperanza de que fuera posible terminar una primera lectura del proyecto de artículos durante el presente quinquenio.

Capítulo VII

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

A. Introducción

140. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo[320], el tema «Aplicación provisional de los tratados», conforme a la propuesta que figuraba en el anexo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho período de sesiones[321]. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, tomó nota, en particular, de la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

141. En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Aplicación provisional de los tratados» y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

142. En su 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, el Relator Especial presentó a la Comisión un informe oral sobre las consultas oficiosas sobre este tema que, presididas por él mismo, se habían celebrado los días 19 y 25 de julio de 2012 (véase los párrafos 144 a 155 *infra*). En la misma sesión, la Comisión tomó nota de ese informe.

143. También en esa sesión, la Comisión decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969).

Informe del Relator Especial sobre las consultas oficiosas celebradas sobre el tema

144. El objeto de esas consultas oficiosas había sido entablar un diálogo informal con miembros de la Comisión sobre diversas cuestiones que podían ser pertinentes en relación con el examen de este tema durante el presente quinquenio. El Relator Especial se proponía presentar su primer informe de fondo en el 65.º período de sesiones de la Comisión (2013). No obstante, distribuyó a los miembros de la Comisión un documento oficioso en el que exponía algunos elementos preliminares. Esos elementos tenían que leerse junto con la sinopsis, preparada por el Sr. Giorgio Gaja, que comprendía la propuesta inicial sobre este tema y que figuraba en el anexo III del informe de la Comisión de 2011[322]. A juicio del Relator Especial, el punto de partida del examen de este tema por la Comisión debería ser los trabajos realizados por la Comisión sobre el tema del derecho de los tratados y los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

145. En esta primera etapa, el Relator Especial había considerado apropiado solicitar la opinión de los miembros de la Comisión sobre, entre otras, las siguientes cuestiones específicas: *a*) las medidas procedimentales que sería necesario examinar como condiciones previas de la aplicación provisional y su terminación; *b*) la medida en que el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969, que establecía la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, guardaba relación con el régimen de la aplicación provisional a que se refería el artículo 25 de la Convención de Viena; *c*) hasta qué punto la situación jurídica creada por la aplicación provisional de los tratados era pertinente en relación con la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario; y *e*) la necesidad de obtener información sobre la práctica de los Estados.

146. Seguidamente tuvo lugar un debate enriquecedor sobre esas cuestiones específicas y sobre otros aspectos del tema.

147. Las dos primeras cuestiones dieron pie a diversas observaciones y sugerencias, que el Relator Especial se proponía tener en cuenta en sus informes. Con respecto, en particular, a la relación entre los artículos 18 y 25 de la Convención de Viena de 1969, la mayoría de los miembros que intervinieron en el debate sobre este punto opinaron que la aplicación provisional en virtud del artículo 25 iba más allá que la obligación general de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor. Estas dos disposiciones, aunque relacionadas entre sí puesto que ambas se referían al período anterior a la entrada en vigor del tratado, daban lugar a dos regímenes jurídicos diferentes que debían ser tratados como tales.

148. En cuanto a la cuestión relativa a la pertinencia de la situación creada por la aplicación provisional de los tratados a los efectos de la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, la opinión general fue que los aspectos relativos a la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario debían excluirse del alcance de este tema. No obstante, se podía examinar la posibilidad de efectuar un análisis acerca del rango consuetudinario del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

[320] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367.

[321] Ibíd., págs. 219 a 221.

[322] Ibíd.

149. En lo concerniente a la práctica de los Estados y su posible uso, se señaló que, si bien la Comisión no debía ocuparse de cuestiones que no eran sino un mero hecho desde el punto de vista del derecho internacional, sencillamente no se podía hacer caso omiso en la labor sobre el tema de la posición de los Estados en el ámbito interno respecto de la aplicación provisional. A este respecto, se sugirió que disponer de una muestra de la práctica estatal pertinente sería útil para los trabajos de la Comisión.

150. También se sugirió que, para la labor de la Comisión, sería útil contar con ejemplos de cláusulas de aplicación provisional recogidas en tratados.

151. Otros aspectos que se abordaron durante el debate incluyeron, por ejemplo, el significado exacto de «aplicación provisional de un tratado»; las diversas formas y manifestaciones que adoptaba esta institución jurídica; el fundamento jurídico de la aplicación provisional de un tratado, es decir, el propio artículo 25 o un acuerdo paralelo al tratado; la cuestión de cuáles eran los órganos competentes para resolver sobre la aplicación provisional y la relación existente entre esta cuestión y el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969; si el régimen jurídico de la aplicación provisional era el mismo para los diferentes tipos de tratados; si la aplicación provisional de un tratado generaba obligaciones jurídicamente vinculantes, cuya violación daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado o los Estados interesados; y las modalidades y efectos de la terminación de la aplicación provisional de un tratado, que podían plantear cuestiones relacionadas con las normas por las que se regían la terminación de los tratados y la suspensión de su aplicación, que se enunciaban en distintos artículos de la sección 3 de la parte V de la Convención de Viena de 1969.

152. Durante el debate se trató también la cuestión del resultado final de los trabajos de la Comisión sobre este tema. A este respecto, la opinión general fue que era aún prematuro que la Comisión adoptara una decisión sobre cuál debería ser ese resultado. Algunos miembros mencionaron la posibilidad de elaborar unos proyectos de artículo, pero también se hizo referencia a otras posibles formas, como unas directrices o unas cláusulas tipo, que no debían excluirse en esta fase.

153. Algunos miembros mencionaron la posibilidad de pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre este tema. Después de celebrar consultas con la Secretaría, el Relator Especial estimó que sería muy útil disponer de un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969. Por consiguiente, propuso que la Comisión encomendara a la Secretaría la preparación de ese memorando.

154. El Relator Especial expresó su sincero agradecimiento a todos los miembros de la Comisión que habían participado en estas consultas oficiosas y le habían aportado sus inestimables observaciones y sugerencias sobre muchos aspectos de este tema. Este cambio de impresiones facilitaría considerablemente la tarea del Relator Especial al preparar su primer informe.

155. El Relator Especial señaló que la Comisión no debía proponerse modificar la Convención de Viena de 1969. Su propósito debería ser más bien extraer todo lo que fuera útil para que los Estados tomaran en consideración la posibilidad de recurrir a la aplicación provisional en ciertas circunstancias y condiciones. Era necesario preservar la flexibilidad inherente a esta opción.

Capítulo VIII

LA FORMACIÓN Y LA PRUEBA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

A. Introducción

156. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión decidió incluir el tema «La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo a largo plazo[323], a tenor de la propuesta que figuraba en el anexo I del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones[324]. En el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2012, la Asamblea General tomó nota, en particular, de la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

157. En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, la Comisión decidió incluir el tema «La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario» en su actual programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Michael Wood.

158. En la segunda parte del período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653). La Comisión examinó la nota en sus sesiones 3148.ª, 3150.ª, 3151.ª y 3152.ª, los días 24, 26, 27 y 30 de julio de 2012.

159. En su 3152.ª sesión, el 30 de julio de 2012, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema.

1. Presentación por el Relator Especial de su nota

160. El Relator Especial observó que la incertidumbre en torno al proceso de formación de las normas de derecho internacional consuetudinario se percibía a veces como una debilidad del derecho internacional en general. Por consiguiente, el estudio de este tema por la Comisión podría contribuir a fomentar la aceptación del estado de derecho en las relaciones internacionales. El Relator Especial esperaba también que sirviera de guía práctica para los jueces y juristas que ejercían en muy diversos campos, incluso a los que, sin ser necesariamente especialistas en derecho internacional, tuvieran que aplicar ese derecho.

161. La nota debía leerse junto con el anexo I del informe anual de la Comisión correspondiente a 2011[325]. Su objeto era promover un primer debate. En los párrafos 11 a 19 de la nota se enumeraban siete «cuestiones preliminares» que podrían ser examinadas por el Relator Especial en un informe que se presentaría en el 65.º período de sesiones, en 2013. En la nota se abordaba la cuestión de la metodología. A este respecto, el Relator Especial se proponía hacer especial hincapié en los planteamientos adoptados por la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en materia de derecho internacional consuetudinario. Además de tomar en consideración los pronunciamientos de la Corte acerca de la metodología, era necesario examinar lo que la Corte había resuelto, en la práctica, en determinados asuntos. Por otra parte, los planteamientos de otros tribunales judiciales y arbitrales, así como de los tribunales internos, podrían resultar igualmente instructivos.

162. La práctica de los Estados con respecto a la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario, aunque indudablemente era abundante, quizás no fuera fácil de establecer. Con todo, habría que intentar determinar cuándo los Estados se consideraban jurídicamente obligados por la costumbre internacional y dilucidar cómo había que interpretar su práctica.

163. La experiencia de quienes habían tratado de determinar el derecho internacional consuetudinario en esferas concretas, como los autores del estudio encargado por el CICR sobre el «derecho internacional humanitario consuetudinario»[326], podía constituir una importante aportación al tema. Los trabajos doctrinales sobre la formación del derecho internacional consuetudinario —en especial, los manuales, las monografías pertinentes y los artículos especializados— también podrían resultar particularmente esclarecedores. Planteamientos teóricos diferentes podían llevar a veces a resultados similares, pero no siempre era así.

164. Los párrafos 20 a 25 de la nota estaban dedicados al alcance del tema y los posibles resultados, dos cuestiones distintas pero relacionadas entre sí.

165. En cuanto al alcance, no parecía plantear ninguna dificultad especial. El Relator Especial estaba abierto a todo tipo de sugerencias acerca de si la Comisión debía ocuparse del *jus cogens* en relación con el presente tema, aunque su primera idea era que el *jus cogens* no correspondía realmente a su ámbito.

[323] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367.

[324] Ibíd., págs. 201 a 203.

[325] Ibíd.

[326] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC/Cambridge University Press, vol. I, 2009; vol. II, 2005.

166. En lo que respecta a la forma que podría adoptar el resultado final de la labor de la Comisión, el Relator Especial sugería que consistiera en una serie de «conclusiones» o «directrices», con comentarios; una convención sería poco apropiada en este campo y no sería coherente con la necesidad de preservar el grado de flexibilidad que era inherente al proceso consuetudinario. Al mismo tiempo, esas conclusiones deberían ser relativamente simples y claras a fin de que tuvieran una utilidad práctica incluso para aquellos que tal vez fueran legos en derecho internacional.

167. El Relator Especial opinaba que sería apropiado solicitar alguna información a los gobiernos. También agradecería cualesquiera información y reflexiones que los miembros de la Comisión le comunicaran en relación con el tema.

168. Por último, el Relator Especial pidió las primeras opiniones de los miembros de la Comisión sobre el calendario provisional para el desarrollo del tema que figuraba en los párrafos 26 y 27 de la nota.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

169. Varios miembros subrayaron la importancia del tema, así como su interés teórico y práctico, habida cuenta del importante papel que el derecho internacional consuetudinario seguía desempeñando en el sistema jurídico internacional, así como en el ordenamiento constitucional y el derecho interno de muchos Estados. Algunos miembros opinaron que la labor de la Comisión sobre este tema era útil para proporcionar orientación, no solo a los juristas internacionales, sino también a los juristas nacionales —incluidos jueces, abogados del Estado y abogados en ejercicio— que a menudo tenían que aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, varios miembros pusieron de relieve la dificultad intrínseca de este tema, cuyo examen constituía un verdadero reto para la Comisión.

170. Según otra opinión, era dudoso que la labor de la Comisión sobre este tema, por cuanto pretendía adoptar un planteamiento holístico del derecho internacional consuetudinario, pudiera llevar a algún resultado útil; asimismo, tratar al mismo tiempo el concepto dinámico de la «formación», que se refería a un proceso, y el concepto estático de la «prueba», que presuponía la existencia de un cuerpo de normas, generaba cierta confusión.

171. La opinión general fue que la Comisión no debía ser excesivamente prescriptiva, a fin de no alterar la flexibilidad del proceso consuetudinario. Se observó también que, dada la complejidad y sensibilidad del tema, y teniendo en cuenta asimismo la naturaleza «espontánea» del proceso consuetudinario, la Comisión debería adoptar un planteamiento prudente respecto de este tema; así pues, en ningún momento debería la Comisión emprender una operación de codificación propiamente dicha. También se expresó la opinión de que el objetivo de la Comisión debería ser ayudar a aclarar las actuales normas sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario, y no promover nuevas normas.

172. El plan de trabajo provisional para el quinquenio propuesto en la nota obtuvo amplio apoyo, aunque algunos miembros opinaron que era muy ambicioso y que habría que abordarlo con la flexibilidad necesaria. Se señaló la importancia de que los Estados tuvieran la oportunidad de hacer observaciones sobre el resultado completo de los trabajos sobre este tema antes de su aprobación definitiva por la Comisión.

b) *Alcance del tema y términos empleados*

173. Se apoyó el planteamiento adoptado por el Relator Especial en relación con el alcance del tema, que se exponía en la nota. En particular, varios miembros se manifestaron de acuerdo en que la labor sobre este tema debía abarcar la formación y la prueba del derecho consuetudinario en los diversos campos del derecho internacional.

174. Sin embargo, algunos miembros sugirieron que la Comisión debía centrar sus trabajos principalmente en los medios de prueba de las normas del derecho internacional consuetudinario, en vez de en la formación de esas normas. Se expresó la opinión de que la Comisión no debía tratar de describir cómo se formaba el derecho consuetudinario, sino centrarse en la cuestión más práctica de su prueba, es decir, en cómo había que constatar la existencia de una norma consuetudinaria. Sin embargo, algunos miembros subrayaron que la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario estaban estrechamente relacionadas. Se señaló también que cierta aclaración del proceso de formación del derecho consuetudinario era importante tanto en la teoría como en la práctica por ser la naturaleza del derecho consuetudinario el resultado de un proceso.

175. Aun reconociendo la necesidad de abordar, al examinar este tema, la distinción entre derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho, se señaló que había que evitar todo pronunciamiento definitivo sobre estos últimos, ya que los principios generales presentaban sus propias complejidades e incertidumbres.

176. Varios miembros expresaron su apoyo a la no inclusión de un estudio general del *jus cogens* en el ámbito del tema. Se hizo observar que el concepto de *jus cogens* presentaba sus propias dificultades en cuanto a formación, prueba y clasificación. Se señaló asimismo que determinar la existencia de una norma consuetudinaria era algo diferente a determinar si esa norma poseía también la característica adicional de no admitir acuerdo en contrario por medio de un tratado. Algunos miembros indicaron que si la Comisión decidía no incluir el *jus cogens* en el ámbito del tema, debería explicar los motivos. Según otra opinión, el Relator Especial debería reconsiderar su intención de no ocuparse de las normas de *jus cogens*, ya que esas normas eran fundamentalmente de carácter consuetudinario. También se expresó la opinión de que sería prematuro excluir, en la presente fase, el análisis del *jus cogens*.

177. Se hizo hincapié en la necesidad de aclarar ciertos términos relativos al tema. Algunos miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de elaborar un breve léxico o glosario de los términos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Se mencionó

específicamente la necesidad de explicar expresiones como: «derecho internacional general» y «derecho de gentes», y su relación con el concepto de costumbre.

c) *Metodología*

178. Varios miembros expresaron su apoyo a la propuesta del Relator Especial de centrarse más bien en los aspectos prácticos del tema que en la teoría; se señaló, en particular, que la Comisión no debería tratar de evaluar la corrección de los diversos planteamientos teóricos del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, algunos miembros manifestaron que el análisis de las teorías principales sería útil para comprender la naturaleza del derecho consuetudinario y el proceso de su formación. Se señaló que, para ser fuente de autoridad y útil instrumento de la comunidad internacional en su conjunto en lo que respecta a la prueba de las normas del derecho internacional consuetudinario, el resultado práctico que la Comisión pretendía lograr tenía que basarse en un estudio minucioso que no podría evitar ocuparse adecuadamente de ciertas cuestiones y controversias teóricas en relación con el tema.

179. Se señaló a la atención de los miembros la cuestión de los destinatarios previstos, es decir, para quién emprendía esta labor la Comisión. A este respecto, se sugirió que se distinguiera debidamente la perspectiva subjetiva de los Estados, la perspectiva «intersubjetiva» de un tercero competente para decidir y la perspectiva objetiva de un observador imparcial a fin de evitar toda confusión.

180. Algunos miembros se mostraron a favor de la opinión del Relator Especial de que había que insistir especialmente en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, más específicamente, de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora. Se señaló, sin embargo, la necesidad de examinar también la jurisprudencia de otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, incluidos los tribunales regionales, algunos de los cuales habían aportado una contribución importante a la determinación de las normas consuetudinarias en esferas concretas del derecho internacional como el derecho penal internacional o el derecho de los derechos humanos. A juicio de algunos miembros, la jurisprudencia pertinente debería ser evaluada de manera crítica, en particular poniendo de relieve cualquier incoherencia metodológica que pudiera encontrarse en los pronunciamientos judiciales. Se sugirió que se estudiaran también las discrepancias jurisprudenciales con respecto a la prueba de una norma del derecho internacional consuetudinario.

181. Según otra opinión, una dependencia excesiva de la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales como método de trabajo a efectos del presente tema sería problemática en vista del contexto «intersubjetivo» del procedimiento judicial y del número limitado de campos a que se referían los precedentes judiciales. Se señaló asimismo que, en muchos casos, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales no indicaban el razonamiento con arreglo al cual se afirmaba la existencia de una norma de derecho consuetudinario.

182. Algunos miembros mencionaron la necesidad de investigar y analizar la práctica pertinente de los Estados —incluida la jurisprudencia de los tribunales internos—, así como la práctica de otros sujetos de derecho internacional como las organizaciones internacionales. Se subrayó la importancia de que la Comisión basara sus trabajos en la práctica actual, así como la necesidad de tener en cuenta la práctica de los Estados de todos los principales sistemas de derecho del mundo y de todas las regiones.

183. Se sugirió que, además de la labor llevada a cabo por la Asociación de Derecho Internacional[327] y el CICR[328], y de los trabajos anteriores de la propia Comisión[329] que fueran pertinentes al tema, se prestara una atención especial a otros trabajos realizados en este campo por investigadores individuales, instituciones académicas o sociedades de estudios. De una manera más general se subrayó la importancia de recurrir a las fuentes pertinentes de las distintas regiones del mundo, que representaran también la diversidad de culturas jurídicas, y en varios idiomas.

d) *Aspectos que hay que tratar*

184. Algunos miembros propusieron que la labor sobre este tema se centrara en el análisis de los elementos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, incluida su caracterización, su importancia relativa y sus posibles expresiones o manifestaciones en relación con la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario. Se propuso que se examinara, en particular, la medida en que los tribunales judiciales y arbitrales, entre otros la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, recurrían a esos dos elementos, al igual que los Estados al exponer sus argumentos sobre la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario ante los tribunales o en los foros diplomáticos.

185. Algunos miembros también eran partidarios de examinar los orígenes del Artículo 38, párrafo 1 *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, centrándose en los trabajos preparatorios de la disposición correspondiente del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y de estudiar la manera en que los tribunales judiciales y arbitrales y la comunidad internacional en general entendían esa disposición.

186. Se propuso que la Comisión examinara hasta qué punto había cambiado el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario ante las profundas modificaciones, como el considerable

[327] «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» (con comentarios), resolución 16/2000 («Formation of General Customary International Law»), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. Para el debate en el pleno, véase ibíd., págs. 922 a 926. La «London Statement of Principles» se encuentra en las páginas 712 a 717 y el informe de la reunión de trabajo del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), celebrada en 2000, está en las páginas 778 a 790.

[328] Henckaerts y Doswald-Beck (nota 326 *supra*).

[329] Véase, en particular el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su segundo período de sesiones, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 367 a 374, párrs. 24 a 94; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12* (A/1316), págs. 4 a 10 («Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario»).

aumento del número de Estados, que se habían producido en el sistema jurídico internacional durante la segunda mitad del siglo XX. Además, se sugirió que esos cambios podrían haber complicado, en cierta medida, el estudio de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario.

187. Durante los debates, se mencionó la cuestión de si había diferentes enfoques del derecho consuetudinario en diversos ámbitos del derecho internacional. Al respecto, se expresó la opinión de que esa cuestión no se debía responder a priori, sino después de un estudio exhaustivo de la práctica pertinente.

188. Varios miembros mencionaron la cuestión del grado de participación de los Estados en la formación de las normas del derecho internacional consuetudinario. Haciendo referencia, en particular, a las situaciones en que la conducta de un Estado concreto o de un grupo de Estados podía requerir una atención especial en el proceso de formación de la costumbre, se indicó que los conceptos de «Estados especialmente afectados» y «objetor persistente» eran importantes, puesto que con ellos se trataba de lograr un equilibrio entre los valores de la comunidad y la soberanía en derecho internacional. Por lo tanto, la Comisión debía evitar que se rompiera ese equilibrio que el sistema en vigor parecía ofrecer. Según otra opinión, la Comisión debía estudiar exhaustivamente ambos conceptos.

189. Aunque se indicó que la Comisión no debía quedarse paralizada en distinciones teóricas sin efecto práctico, se observó que el antiguo debate sobre las «palabras» frente a los «hechos» era muy práctico en aquellos casos en que determinadas normas del derecho internacional consuetudinario no se afirmaban sobre la base de la práctica real y efectiva de todos los Estados o la mayoría de ellos, sino por procuración. Esos casos ocurrían en dos situaciones concretas, a saber, cuando la afirmación de una norma se basaba en la aprobación por varios Estados de una resolución o en la existencia de un tratado ampliamente ratificado. Se expresó la esperanza de que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema sirviera de orientación y aclaración con respecto a esas dos esferas.

190. Se mencionaron otros aspectos que merecían atención en el examen del tema. Se trataba, por ejemplo, de la relación entre la costumbre y los tratados, incluido el efecto de los tratados ampliamente ratificados pero no universales, las cuestiones planteadas por el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 y tal vez también el papel del derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados; el efecto de los tratados de codificación en la prueba de las normas consuetudinarias; la relación entre la costumbre y el derecho internacional general, los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional; el efecto de las resoluciones de las organizaciones internacionales; de forma más general, el papel de la práctica de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, en particular organizaciones internacionales como la Unión Europea; la relación entre el derecho en gestación y la costumbre y entre la *lex lata* y la *lege ferenda*; la importancia o no que se debe conceder a la práctica desigual en la formación y la prueba de las normas del derecho internacional consuetudinario; la importancia de la noción de oponibilidad y el posible papel de la aquiescencia, el silencio y la abstención en el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel desempeñado, en ese proceso, por los actos unilaterales, como la protesta y el reconocimiento; las condiciones respectivas para la formación y la modificación de una norma de derecho internacional consuetudinario; los posibles efectos de las reservas a los tratados en las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel de la práctica regional y su relación con el derecho internacional como sistema; y la relación entre el derecho internacional consuetudinario regional y general.

e) *Resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema*

191. La propuesta del Relator Especial sobre la elaboración de un conjunto de conclusiones con comentarios contó con amplio apoyo. Se indicó que esas conclusiones se formularían sin perjuicio de las novedades que se produjeran en el futuro sobre la formación del derecho internacional consuetudinario. También se propuso que la Comisión comenzara su labor redactando propuestas con comentarios, que se podrían convertir en conclusiones más adelante.

3. Conclusiones del Relator Especial

192. El Relator Especial observó que, en general, los miembros de la Comisión que habían hecho uso de la palabra acogían con satisfacción el examen del tema y que las opiniones preliminares expresadas por ellos confirmaban la idea central de la nota del Relator Especial. Se habían señalado, entre otras cosas, la importancia del derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento constitucional y el derecho interno de muchos Estados y la utilidad de la labor de la Comisión para los juristas nacionales. Al mismo tiempo, se había observado correctamente que la reacción de la comunidad internacional en general era importante para el prestigio de la labor de la Comisión sobre el asunto.

193. Según una opinión el tema planteaba serias dudas y se había sugerido, en particular, que era poco práctico, si no imposible, examinar la totalidad del derecho internacional consuetudinario, ni siquiera en un nivel muy abstracto, y que el resultado sería afirmar lo obvio o lo ambiguo. El Relator Especial indicó que el objetivo no había sido nunca, en relación con este tema, «examinar la totalidad del derecho internacional consuetudinario», ni siquiera una parte de él, en el sentido de examinar el fondo del derecho. La Comisión solo estaba interesada en las normas «secundarias» o «sistémicas» sobre la prueba del derecho internacional consuetudinario. También recordó una cuestión planteada en los debates, a saber, que lo que podría ser obvio para algunos juristas no lo era necesariamente para todos, ni siquiera para la mayoría de los letrados, muchos de ellos sin experiencia en derecho internacional, a quienes se planteaban cuestiones de derecho internacional consuetudinario. Además, el problema de la supuesta ambigüedad se podía evitar elaborando un conjunto claro y sencillo de conclusiones sobre el tema, acompañado, en caso necesario, de las cláusulas de salvaguardia correspondientes, técnica utilizada a menudo por la Comisión.

194. El Relator Especial era consciente de la dificultad inherente al tema y de la necesidad de abordarlo con precaución. Él también deseaba que la Comisión no fuera «demasiado ambiciosa» y tenía la intención de tratar de obtener un resultado útil y práctico que esperaba tuviera buena acogida. Parecía haber consenso en que ese resultado era necesario.

195. El Relator Especial no terminaba de entender la diferencia propuesta entre las perspectivas subjetiva, «intersubjetiva» y objetiva. Para que la ley tenga algún sentido, el método aceptado para probarla debe ser el mismo en todos los casos. Un entendimiento común y general era precisamente lo que la Comisión podría esperar que se lograra.

196. Con respecto al alcance del tema, parecía haber consenso sobre el enfoque propuesto en la nota, sin perjuicio de un entendimiento adecuado del significado de los términos «formación» y «prueba». Independientemente de las palabras utilizadas, el Relator Especial consideraba que el tema debía abarcar el método para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y los tipos de información que se podían utilizar con ese fin, así como las posibles fuentes de información.

197. A medida que se avanzara en el tema, la Comisión podría volver a la cuestión de si se debería examinar el *jus cogens* en relación con el tema, cuestión sobre la que se habían expresado opiniones divergentes.

198. El Relator Especial observó que había contado con amplio apoyo la elaboración de una terminología uniforme, con un léxico o glosario de términos en los distintos idiomas de las Naciones Unidas.

199. Observó también que parecía haber consenso en que el resultado último de la labor de la Comisión sobre el tema debía ser práctico. El objetivo era ofrecer orientación a todo el que se enfrentara a la tarea de probar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, en particular los legos en derecho internacional público. Parecía haber consenso en que el resultado final de la labor de la Comisión debía ser un conjunto de propuestas o conclusiones con comentarios. No sería conveniente que la Comisión fuera excesivamente prescriptiva, puesto que, como habían destacado varios miembros, una de las características principales del derecho internacional consuetudinario, uno de sus puntos fuertes, era su formación mediante un proceso flexible. Parecía haber consenso también en que no correspondía a la Comisión tratar de resolver las controversias teóricas sobre el fundamento del derecho consuetudinario y los diversos enfoques teóricos de la doctrina sobre su formación y prueba. Al mismo tiempo, el Relator Especial aceptó la observación de algunos miembros de que, para que el eventual resultado práctico de la labor de la Comisión en este ámbito tuviera cierto grado de autoridad, debía basarse en un estudio detallado y exhaustivo, incluidos los fundamentos teóricos de la materia. Sin embargo, el Relator Especial consideraba que, al menos al principio, la atención se debía centrar en determinar lo que los tribunales judiciales y arbitrales, así como los Estados, hacían realmente en la práctica. En ese sentido, estaba plenamente de acuerdo con los miembros que habían hecho hincapié en la necesidad de tomar en consideración la práctica de los Estados de todos los principales sistemas de derecho del mundo y de todas las regiones. Asimismo, el Relator Especial compartía la opinión de los miembros que habían destacado la importancia de inspirarse en la obra del mayor número posible de autores en diversos idiomas.

200. En cuanto al calendario provisional para el examen del tema durante el quinquenio actual, el Relator Especial reconoció que los informes previstos para 2014 y 2015 podrían ser demasiado ambiciosos, aunque pensaba que era importante abordar la práctica de los Estados y la *opinio juris* al mismo tiempo, habida cuenta de la relación entre ellas.

201. El Relator Especial expresó la esperanza de que la Comisión estuviera dispuesta a encargar a la Secretaría que preparara, en la medida de lo posible para el 65.º período de sesiones (2013), un memorando en que se especificaran los elementos de los trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser de especial interés para el tema.

202. Por último, el Relator Especial había tomado cuidadosamente nota de las diversas propuestas sobre lo que se podría tratar en relación con el tema y dejaría constancia de ello en sus futuros informes.

Capítulo IX

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

A. Introducción

203. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión decidió incluir el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Zdzislaw Galicki[330].

204. El Relator Especial presentó cuatro informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 58.º período de sesiones (2006), el segundo informe en su 59.º período de sesiones (2007), el tercer informe en su 60.º período de sesiones (2008) y el cuarto informe en su 63.º período de sesiones (2011)[331].

205. En el 61.º período de sesiones (2009), se estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet[332] y, como resultado de sus deliberaciones, el Relator Especial elaboró un marco general para el examen del tema especificando las cuestiones que se tratarían[333]. En el 62.º período de sesiones (2010), el Grupo de Trabajo volvió a constituirse y, en ausencia de su Presidente, estuvo presidido por el Sr. Enrique Candioti[334].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

206. En el actual período de sesiones la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) bajo la Presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree. El Grupo de Trabajo debía evaluar los progresos realizados por la Comisión en la labor sobre el tema y examinar posibles opciones futuras que podría adoptar la Comisión. En este punto no se nombró Relator Especial para sustituir al Sr. Galicki, que ya no era miembro de la Comisión.

207. En su 3152.ª sesión, el 30 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo.

Deliberaciones del Grupo de Trabajo

208. El Grupo de Trabajo celebró cinco sesiones, las cuatro sesiones ordinarias previstas, los días 25 y 31 de mayo y 3 y 16 de julio; y, tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica* c. *el Senegal)*[335], el 20 de julio de 2012, celebró una sesión extraordinaria el 24 de julio de 2012.

209. El Grupo de Trabajo intercambió puntos de vista sobre el tema en su conjunto y realizó una evaluación general teniendo en cuenta los antecedentes de las deliberaciones sobre el tema que tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Tomó como base cuatro documentos de trabajo oficiosos preparados por su Presidente de fecha 22 de mayo, 30 de mayo, 25 de junio y 12 de julio de 2012, respectivamente.

a) *Principales cuestiones surgidas al abordar el tema*

210. Algunos miembros consideraron necesario tener un panorama más claro de las cuestiones que se plantean en relación con el tema. En relación con ello se sugirieron varias posibilidades:

a) *Armonización*. Dada la complejidad de los tratados multilaterales que contienen la obligación de extraditar o juzgar, se sugirió que la Comisión podría encontrar útil armonizar los regímenes de tratados multilaterales. No obstante, se observó que la obligación de extraditar o juzgar funcionaba de manera diferente en los regímenes convencionales, como podía verse en el estudio realizado por la Secretaría sobre las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes en relación con el tema[336]. Así pues, cualquier intento de armonización sería un ejercicio sin sentido. Si el objetivo era elaborar un proyecto de artículos no parecía haber muchas ventajas en la elaboración de un proyecto de artículos cuando había tantas disposiciones en vigor en los tratados multilaterales.

b) *Interpretación, aplicación y ejecución*. También se sugirió que la Comisión podía realizar una evaluación de la

[330] En su 2865.ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2005 (*Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 500). En el párrafo 5 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 56.º período de sesiones (2004) sobre la base de la propuesta adjunta al informe de ese año (*Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 362 y 363).

[331] Informe preliminar: *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571; segundo informe: *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585; tercer informe: *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603; y cuarto informe: *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648.

[332] En la 2988.ª sesión de su 60.º período de sesiones (2008), celebrada el 31 de julio, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo sobre el tema presidido por el Sr. Alain Pellet, cuyo mandato y composición se determinarían en el 61.º período de sesiones (véanse *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 315, y *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 198).

[333] Por lo que respecta al marco general propuesto y preparado por el Grupo de Trabajo, véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 204.

[334] En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente provisional del Grupo de Trabajo (véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 336 a 340).

[335] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 422.

[336] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630.

interpretación, aplicación y ejecución reales de las cláusulas de extraditar o juzgar en situaciones concretas, como la planteada ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica* c. *el Senegal)*. No obstante, se dijo que tales situaciones, en general, se referían a la aplicación del derecho a hechos concretos, algo cuyo estudio no parecía de utilidad para la Comisión. Además, al parecer, no había ningún problema sistémico grave en los regímenes convencionales en vigor que requiriese ser aclarado por la Comisión; al menos no se había señalado ninguno en la sinopsis del tema[337] ni en los informes anteriores del Relator Especial[338].

c) *Desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*. Se sugirió que, al examinar el tema, la Comisión podría realizar un análisis y un estudio sistemáticos de la práctica estatal para ver si existía una norma consuetudinaria que reflejara la obligación general de extraditar o juzgar en el caso de determinados delitos, o si dicha obligación era un principio general del derecho. De no existir una norma tal, la Comisión podría señalarlo así. Si existiera dicha norma, podría indicarse en el proyecto de artículos, su naturaleza y alcance, así como los delitos a los que era aplicable. También se sugirió que la labor podía centrarse en delitos fundamentales previstos en derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, etc.) y en su relación con la obligación de extraditar o juzgar, a fin de cubrir cualquier laguna existente en el derecho sobre la responsabilidad penal individual. No obstante, otros miembros pusieron en duda la utilidad de dicha tarea. Con respecto a los delitos fundamentales previstos en derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las vulneraciones graves del derecho internacional humanitario, se dijo que tal ejercicio sería vano ya que la Comisión había concluido, en 1996, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[339], cuyo artículo 9 contiene ya una obligación de extraditar o juzgar en el caso de delitos fundamentales. Según esta opinión, si la Comisión fuera a ir más allá de los delitos fundamentales y a propugnar una obligación general de abarcar una gama más amplia de delitos, dicho planteamiento la obligaría a entrar en la consideración general del derecho de extradición, así como en cuestiones generales sobre el ejercicio de la facultad discrecional de procesamiento, y la práctica en esos ámbitos divergía de manera considerable, lo que hacía surgir dudas sobre la existencia de dicha obligación general.

211. Algunos miembros sugirieron que el obstáculo principal para avanzar sobre el tema había sido la inexistencia de una investigación de base sobre si la mencionada obligación había alcanzado el estatus de derecho consuetudinario. Esta era una cuestión preliminar que había que abordar y resolver y que incidía en el enfoque que fuera a adoptarse. También se señaló que cuando la Comisión estaba elaborando el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en 1996, la aprobación de los artículos 8 y 9 de dicho código parecía haber estado impulsada por la necesidad de contar con un sistema efectivo de tipificación y procesamiento más que por la intención de evaluar la práctica estatal y la doctrina existentes. Por tanto, quedaba por responder la cuestión de si los proyectos de artículos 8 y 9 serían aplicables únicamente a los Estados partes en el proyecto de código o a todos los Estados[340]. Se recordó también que, cuando la Comisión estaba elaborando el proyecto de código, se entendió que la inclusión de determinados delitos en él no afectaba a la consideración de otros delitos previstos en derecho internacional; ni impedía en modo alguno ulteriores desarrollos de esta destacada área del derecho[341]. En relación con este punto algunos miembros consideraron que era importante analizar la evolución del derecho desde 1996. Varios miembros dijeron que tenía relevancia la distinción entre delitos fundamentales y otros delitos en derecho internacional. También señalaron la importancia de abordar, en el contexto del tema, el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad a fin de determinar exactamente en qué forma el alcance de ese deber, en particular a la luz de su formulación en varios instrumentos, afectaba a la obligación.

212. Hubo acuerdo en que, en general, el tema del que se estaba ocupando la Comisión se refería a la obligación de extraditar o juzgar y *no* a *a*) las prácticas de los Estados en materia de extradición o la obligación de extraditar, *ni* a *b*) la obligación de juzgar, en sí misma.

213. Por último, también hubo acuerdo general en que examinar la posibilidad de la obligación de extraditar o juzgar como principio general del derecho internacional no haría que la labor sobre el tema avanzara más que si se seguía la vía del derecho internacional consuetudinario.

b) *Relación con la jurisdicción universal*

214. Sobre la relación entre el tema y la jurisdicción universal, varios miembros insistieron en que, en el examen del tema, habría que realizar sin más remedio un análisis de la jurisdicción universal, habida cuenta de la estrecha relación que existe entre ambas cuestiones, aun cuando la Comisión no se ocuparía de la jurisdicción universal como aspecto central del tema. Algunos miembros señalaron que la jurisdicción universal era en sí misma un tema que requería codificación y que, para que la labor de la Comisión tuviera sentido, el examen de la jurisdicción universal tendría que ser un elemento importante de esa labor o incluso ser el aspecto central que se examinara. Varios miembros mencionaron la labor en curso sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal que se está realizando en el contexto de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se consideró apropiado que la Comisión se desvinculase del tema de la jurisdicción universal en la medida en que la obligación de extraditar o juzgar no dependía de la jurisdicción universal. También se señaló que la Comisión podría proceder al análisis del papel de la jurisdicción universal frente a la obligación de extraditar o juzgar sin esperar a que la Sexta Comisión concluyera su labor sobre ese tema.

c) *Viabilidad del tema*

215. Algunos miembros reconocieron la importancia que los Estados concedían al tema, que parecía útil no

[337] *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), anexo, págs. 133 a 136.

[338] Véase la nota 331 *supra*.

[339] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50.

[340] *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 142.

[341] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 46.

solo desde un punto de vista práctico, ya que ayudaría a resolver problemas con que se encuentran los Estados a la hora de cumplir la obligación de extraditar o juzgar, sino también porque dicha obligación tenía un papel de coordinación fundamental entre el sistema nacional y el internacional en la arquitectura general de la justicia penal internacional.

216. En relación con esta cuestión algunos miembros señalaron que, aunque no se determinase la naturaleza consuetudinaria de la obligación, no habría dificultades insuperables para seguir examinando el tema. Se sugirió que, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, el aspecto principal podría ser la obligación de extraditar o juzgar como se refleja especialmente en los tratados multilaterales, incluidos el alcance material y el contenido de la obligación, la relación entre la obligación y otros principios, las condiciones que dan lugar a la existencia de la obligación, el cumplimiento de esta, y la relación entre la obligación y la entrega de un presunto delincuente a un tribunal penal internacional competente. También se sugirió que la labor a realizar se centrara en la aplicación práctica de la obligación.

217. Otros miembros insistieron en la importancia de proceder con cautela. Se mencionaron los antecedentes generales de la labor ya realizada sobre el tema desde su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión, destacando su complejidad como justificación para no adoptar decisiones precipitadas en esta fase respecto de la designación de un nuevo Relator Especial ni de la conveniencia y la forma de proceder respecto del tema. Se destacó la importancia del derecho internacional convencional y consuetudinario para la consideración del tema. En lo que se refería a los tratados, se consideró útil la tipología de tratados recogida en el estudio de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para el tema elaborado por la Secretaría[342]. No obstante, se consideró prudente estudiar detenidamente la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica* c. *el Senegal)* antes de adoptar posturas definitivas. Algunos miembros recordaron que la determinación de la naturaleza consuetudinaria de la obligación era solo parte de la cuestión y que debía examinarse también la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios, como el de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, tal y como se sugería en el proyecto de marco general para el examen del tema por la Comisión que había preparado el Grupo de Trabajo en 2009[343].

218. También se señaló que el proyecto de marco general, junto con el estudio de la Secretaría, seguían siendo útiles para la labor de la Comisión sobre el tema.

219. Por último, algunos miembros sugirieron que la Comisión pusiera fin a su labor sobre el tema ya que, en su opinión, se trataba de un área del derecho al que la Comisión no podía hacer aportaciones sustanciales por el momento.

d) *Fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa* Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica *c*. el Senegal)

220. La Corte Internacional de Justicia emitió su decisión en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica* c. *el Senegal)* en la tarde del viernes 20 de julio de 2012, fecha en que el Grupo de Trabajo debía haber concluido ya su labor sustantiva sobre el tema en este período de sesiones e informado al pleno. El Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar del fallo el 24 de julio de 2012, en una sesión extraordinaria convocada para tal fin. Se reconoció que se requeriría un análisis en profundidad para evaluar a fondo la repercusión de dicha decisión en el tema.

e) *Labor futura*

221. El Grupo de Trabajo pidió a su Presidente que elaborara un documento de trabajo, que se examinaría en el 65.º período de sesiones de la Comisión, en el que se analizaran las diversas perspectivas en relación con el tema a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012, otros posibles desarrollos, así como las observaciones formuladas en el Grupo de Trabajo y en las deliberaciones de la Sexta Comisión. Sobre la base de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo presentará a la Comisión, en su 65.º período de sesiones, sugerencias concretas para su examen.

[342] Véase la nota 336 *supra*.

[343] Véase la nota 333 *supra*.

Capítulo X

LOS TRATADOS EN EL TIEMPO

A. Introducción

222. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Los tratados en el tiempo» y establecer un grupo de estudio sobre el tema en su 61.º período de sesiones[344]. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones los debates del Grupo de Estudio giraron en torno a la determinación de las cuestiones que había que tratar, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema[345].

223. En el 62.º período de sesiones (2010), volvió a constituirse el Grupo de Estudio, presidido por el Sr. Georg Nolte, y emprendió los trabajos sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos y la práctica ulteriores, tomando como base un informe introductorio elaborado por su Presidente acerca de la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales arbitrales de jurisdicción especial[346].

224. En el 63.º período de sesiones (2011) el Grupo de Estudio, con el mismo Presidente, se ocupó, en primer lugar, del resto de los trabajos sobre el informe introductorio preparado por su Presidente. El Grupo de Estudio empezó después el examen del segundo informe del Presidente acerca de la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos y la práctica ulteriores, centrándose en algunas de las conclusiones generales en él propuestas. Por falta de tiempo, el Grupo de Estudio tan solo pudo examinar 11 de esas conclusiones[347]. A la luz de los debates celebrados, el Presidente volvió a formular el texto de las conclusiones preliminares, que ahora eran 9[348].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

225. En el actual período de sesiones se volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, de nuevo bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio celebró ocho sesiones, los días 9, 10, 15, 16 y 24 de mayo, y 19, 25 y 26 de julio de 2012.

226. En la 3135.ª sesión de la Comisión, el 29 de mayo de 2012, el Presidente del Grupo de Estudio presentó un primer informe oral a la Comisión sobre los aspectos de la labor realizada por el Grupo de Estudio en las cinco sesiones celebradas del 9 al 24 de mayo que estaban relacionados con la estructura y las modalidades de la labor futura de la Comisión sobre este tema. En su informe el Presidente indicó, entre otras cosas, que el Grupo de Estudio había recomendado a la Comisión que modificara la estructura de la labor que debía realizar sobre este tema y nombrara un Relator Especial.

227. En su 3136.ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, la Comisión decidió: *a*) cambiar, con efecto a partir de su 65.º período de sesiones (2013), la estructura de su labor sobre este tema, tal como había propuesto el Grupo de Estudio; y *b*) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados».

228. El 30 de julio de 2012, el Presidente del Grupo de Estudio presentó a la Comisión un segundo informe oral sobre la labor realizada por el Grupo de Estudio. La Comisión tomó nota de ese informe oral en su 3152.ª sesión, celebrada el 30 de julio de 2012.

1. Deliberaciones del Grupo de Estudio

229. En el actual período de sesiones el Grupo de Estudio: *a*) terminó su examen del segundo informe de su Presidente, que había iniciado en el 63.º período de sesiones (2011); *b*) examinó el tercer informe de su Presidente; y *c*) celebró un debate sobre la estructura y las modalidades de la labor de la Comisión sobre este tema.

a) *Conclusión del examen del segundo informe del Presidente del Grupo de Estudio*

230. El Grupo de Estudio terminó su examen del segundo informe de su Presidente sobre la jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos y la práctica ulteriores. En ese contexto, el Grupo de Estudio examinó seis nuevas conclusiones generales propuestas en el segundo informe. Las deliberaciones giraron en torno a los siguientes aspectos: la cuestión de si una práctica ulterior, para servir de medio de interpretación, debe reflejar una posición con respecto a la interpretación del tratado; en qué medida una práctica ulterior tenía que ser específica; el grado necesario de participación activa en una práctica y el significado del silencio de una o más partes en el tratado con respecto a la práctica de otra u otras partes; los posibles efectos de una práctica ulterior contradictoria; la cuestión de la posible

[344] En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 353). Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase ibíd., anexo I. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, tomó nota de la decisión.

[345] Véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

[346] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 345 a 354.

[347] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 334 a 341.

[348] Para el texto de esas conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, véase ibíd., párr. 344.

modificación de un tratado mediante la práctica ulterior; y la relación entre la práctica ulterior y los procedimientos formales de modificación o interpretación.

231. A la luz de esas deliberaciones del Grupo de Estudio, el Presidente volvió a formular el texto de las nuevas conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, que ahora eran seis (véase la sección 2 *infra*). Como había hecho en el caso de las nueve primeras conclusiones preliminares que figuran en el informe de la Comisión correspondiente a 2011[349], el Grupo de Estudio convino en que estas seis conclusiones preliminares de su Presidente volvieran a ser examinadas y ampliadas a la luz de futuros informes del recién nombrado Relator Especial, que incluirían otros aspectos del tema, y de las deliberaciones futuras de la Comisión.

b) *Examen del tercer informe del Presidente del Grupo de Estudio*

232. El Grupo de Estudio examinó el tercer informe de su Presidente sobre «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales». Ese informe trata diversas cuestiones. Entre ellas figuran las formas, la documentación y la interpretación de acuerdos y práctica ulteriores, así como varios aspectos generales relativos, entre otras cosas, a los posibles efectos de los acuerdos y la práctica ulteriores (por ejemplo, en cuanto a la especificación del significado de la disposición de un tratado o la confirmación del grado de discrecionalidad de que gozan las partes según la disposición de un tratado); la medida en que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b* de la Convención de Viena de 1969 debe expresar la opinión jurídica de los Estados partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado; la práctica ulterior como posible indicación de un acuerdo sobre la interrupción temporal de la aplicación o sobre la prórroga del alcance del tratado o como expresión de un *modus vivendi*; la práctica bilateral y regional en el marco de tratados con un alcance geográfico más amplio; la relación entre la práctica y los acuerdos ulteriores, por una parte, y las novedades técnicas y científicas, por otra; la relación entre la práctica ulterior de las partes en un tratado y la formación paralela de normas de derecho internacional consuetudinario; la posible función de los acuerdos y la práctica ulteriores con respecto a la modificación de los tratados; así como el papel que pueden desempeñar de manera excepcional la práctica y los acuerdos ulteriores en la terminación de un tratado. Además, el tercer informe se ocupa de otros aspectos como la influencia de contextos de cooperación específicos sobre la interpretación de algunos tratados a la luz de la práctica ulterior, y el papel que pueden desempeñar las conferencias de los Estados partes y los órganos de supervisión de tratados con respecto a la aparición o consolidación de acuerdos o práctica ulteriores. Al analizar estas diversas cuestiones, el tercer informe presenta ejemplos de acuerdos y práctica ulteriores, examina esos ejemplos e intenta sacar algunas conclusiones preliminares.

233. El debate sobre el tercer informe en el Grupo de Estudio fue muy fructífero. Muchos miembros elogiaron al Presidente por el carácter exhaustivo de su informe y por las múltiples investigaciones llevadas a cabo para prepararlo. Una de las cuestiones generales abordadas por varios miembros durante el debate fue el grado de definición de las conclusiones preliminares que figuraban en el tercer informe. Si bien algunos miembros opinaron que muchas de estas conclusiones se formulaban en términos bastante generales, otros consideraron que algunas conclusiones eran demasiado específicas en vista de los ejemplos señalados en el informe. A este respecto, algunos miembros observaron que el problema principal de la labor futura de la Comisión sobre este tema era intentar preparar propuestas con un contenido normativo suficiente, manteniendo al mismo tiempo la flexibilidad inherente al concepto de práctica y acuerdos ulteriores. En lo que respecta a la sección del informe que trata de las conferencias de las partes, se plantearon varias cuestiones, como por ejemplo en qué medida esos foros merecían un trato especial en el examen del presente tema; si había un único concepto de «conferencia de las partes» o si ese término abarcaba varios órganos diferentes que tenían en común el hecho de que no formaban parte de organizaciones internacionales; en qué medida el hecho de conferir o no a las conferencias de las partes capacidad de decisión o de revisión repercutiría en su posible contribución a la formación de acuerdos o práctica ulteriores en relación con un tratado; y la significación y pertinencia, en el presente contexto, del consenso y otros procedimientos de adopción de decisiones que pudieran seguir las conferencias de las partes.

234. En vista de la decisión de la Comisión de modificar la futura estructura de los trabajos, el Presidente no propuso al Grupo de Estudio, a diferencia de lo que había hecho con el segundo informe, volver a formular las conclusiones preliminares que figuraban en el tercer informe a la luz de las deliberaciones del Grupo de Estudio. Indicó que prefería tener en cuenta esas deliberaciones al preparar su primer informe como Relator Especial. En este primer informe se resumirían los tres informes que ya había presentado al Grupo de Estudio.

c) *Modalidades de la labor de la Comisión sobre el tema*

235. El Grupo de Estudio examinó la estructura que debía tener la futura labor sobre el tema así como los posibles resultados de esa labor. Varios miembros expresaron la opinión de que, en vista de los trabajos preparatorios realizados y teniendo en cuenta la necesidad de centrarse sobre todo en el resultado previsto, había llegado el momento de que la Comisión modificara la estructura de la labor prevista sobre el tema y nombrara un Relator Especial. Se consideró que esta era la manera más eficaz de aprovechar la labor ya realizada.

236. El Presidente indicó que vería con satisfacción una modificación de la estructura de la labor sobre el tema en la fase actual. Esta modificación permitiría a la Comisión centrarse en el resultado final de sus trabajos. A su juicio, había sido necesario en primer lugar identificar, reunir, organizar y examinar las fuentes más importantes de información sobre el tema. Ese trabajo se había llevado a cabo en los tres primeros informes presentados al Grupo de Estudio y en los debates dentro de dicho Grupo. Los tres informes disponibles podrían resumirse ahora en un

[349] Véase la nota *supra*.

solo informe que se presentaría a todos los Estados y se debatiría en el pleno de la Comisión.

237. El Presidente expresó también la opinión de que un cambio de estructura de los trabajos daría a la Comisión la oportunidad de definir con mayor precisión el alcance del tema. Recordó a los miembros que una de las razones importantes para que la Comisión prosiguiera su labor sobre el tema de «Los tratados en el tiempo» por medio de un Grupo de Estudio había sido dar a los miembros la oportunidad de decidir si este tema debía abordarse mediante un enfoque amplio —que hubiera significado, entre otras cosas, examinar a fondo la terminación y la modificación formal de los tratados— o si el enfoque debía limitarse al aspecto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Como el Grupo de Estudio había optado por limitar el tema al aspecto más restringido de la significación jurídica de los acuerdos y la práctica ulteriores, una de las razones por las que la Comisión había elegido en un principio examinar el tema en el marco de un Grupo de Estudio ya no era pertinente. El Presidente acogió con satisfacción este cambio, ya que anteriormente había expresado su preferencia por adoptar un enfoque más limitado del tema.

238. El Presidente sugirió que, si la estructura de la labor sobre el tema debía modificarse de la manera prevista, se preparara para el 65.º período de sesiones un informe que resumiera los tres informes ya presentados al Grupo de Estudio. En dicho informe se tendrían en cuenta las deliberaciones del Grupo de Estudio hasta el momento y se indicarían conclusiones o directrices concretas derivadas en particular del material contenido en los tres informes ya presentados al Grupo. Tras los debates sobre este informe que celebraría la Comisión durante el próximo período de sesiones y los debates que tendrían lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2013, deberían presentarse uno o dos informes más, como se había previsto en un principio, sobre la práctica de las organizaciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales nacionales (véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones (2008)[350]). En estos informes se presentarían nuevas conclusiones o directrices que podrían complementar o modificar, según el caso, la labor basada en el primer informe. Dichas conclusiones o directrices se explicarían mediante comentarios. La labor sobre este tema podría pues terminarse dentro del quinquenio actual. Quedaba claro que el tema se mantendría dentro del ámbito del derecho de los tratados. La cuestión prioritaria será la significación jurídica de los acuerdos y la práctica ulteriores a efectos de la interpretación (artículo 31 de la Convención de Viena de 1969)[351].

239. Los miembros del Grupo de Estudio estuvieron de acuerdo con las propuestas del Presidente sobre cómo proseguir su labor sobre el tema. Sobre esa base, el Grupo de Estudio recomendó que la Comisión decidiera modificar la estructura de los trabajos sobre el tema y nombrar un Relator Especial. Como ya se indicó (párr. 227 *supra*), la Comisión, en su 3136.ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, decidió seguir esta recomendación del Grupo de Estudio.

[350] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, párrs. 17, 18, 39 y 42.

[351] Ibíd., párrs. 11 y ss.

2. Conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio reformuladas a la luz de los debates celebrados en el Grupo

240. A continuación figuran las seis nuevas conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, reformuladas a la luz de los debates celebrados en el Grupo[352]:

1) *La práctica ulterior en cuanto reflejo de una posición con respecto a la interpretación de un tratado*

Para servir como medio de interpretación, la práctica ulterior debe reflejar la posición de una o más partes con respecto a la interpretación de un tratado[353]. Los órganos decisorios examinados, sin embargo, no requieren necesariamente que la práctica ulterior refleje expresamente una posición acerca de la interpretación de un tratado, pero pueden considerar que esa posición esté implícita en la práctica[354].

2) *Carácter específico de la práctica ulterior*

Según el régimen y la norma en cuestión, el carácter específico de la práctica ulterior es un factor que puede influir en la medida en que los órganos decisorios la tienen en cuenta[355]. Así pues, la práctica ulterior no tiene por qué ser siempre específica.

3) *Grado de participación activa en una práctica y silencio*

Según el régimen y la norma en cuestión, puede variar el número de partes que deben contribuir de manera activa a la práctica ulterior pertinente[356]. La mayoría de

[352] Estas conclusiones preliminares se añaden a las que figuran en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones (2011) (véase la nota 348 *supra*).

[353] Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cruz Varas et autres c. Suède*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, párr. 100, *série A n.º 201*.

[354] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Marckx c. Belgique*, 13 de junio de 1979, párr. 41, *série A n.º 31*; *Kart c. Turquie* [GC], n.º 8917/05, párr. 54, 3 de diciembre de 2009, CEDH-2009; véase también el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Partial Award No. 382-B1-FT (31 de agosto de 1988), reimpreso en *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), págs. 273 y ss., en particular págs. 294 y 295.

[355] Véase OMC, *Estados Unidos-Subvenciones al algodón americano* (upland), informe del Órgano de Apelación, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, causa n.º A17, decisión n.º DEC 37-A17-FT (18 de junio de 1985), reimpresa en *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8 (1985-I), págs. 189 y ss., en particular pág. 201; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n.º 25965/04, párr. 285, 7 de enero de 2010, CEDH 2010; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n.º 27238/95, párrs. 93 y 94, 18 de enero de 2001, CEDH 2001-I; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (solicitud de opinión consultiva presentada a la Sala de Controversia de los Fondos Marinos), asunto n.° 17 (1.° de febrero de 2011), *TIDM Recueil 2011*, págs. 10 y ss., en particular pág. 48, párr. 136; y Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Le Procureur c. Furundžija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, caso n.º IT-95-17/1-T, *Recueils judiciaires 1998*, vol. 1, págs. 466 y ss., en particular pág. 590, párr. 179.

[356] OMC, *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS269/AB/R y Corr.1, WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 259.

los órganos decisorios que se basan en la práctica ulterior han reconocido que el silencio de una o más partes puede, en determinadas circunstancias, contribuir a una práctica ulterior pertinente[357].

4) *Efectos de una práctica ulterior contradictoria*

Una práctica ulterior contradictoria puede tener efectos diferentes según el régimen del tratado multilateral en cuestión. Mientras que el Órgano de Apelación de la OMC descarta toda práctica que está en contradicción con la práctica de otra parte en el tratado[358], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la práctica no es uniforme, ha considerado a veces determinante la práctica de una «amplia mayoría» o un «cuasi consenso» de las partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[359].

5) *Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior y los procedimientos formales de modificación o interpretación*

Se han dado casos en que los órganos decisorios han reconocido que la existencia de procedimientos formales de modificación o interpretación en el régimen de un tratado no impide la utilización de acuerdos ulteriores y práctica ulterior como medio de interpretación[360].

6) *La práctica ulterior y la posible modificación de un tratado*

En lo que respecta a la utilización de la práctica ulterior para interpretar un tratado, el Órgano de Apelación de la OMC ha excluido la posibilidad de que la aplicación de un acuerdo ulterior pueda tener el efecto de modificar las obligaciones derivadas de un tratado[361]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos parecen haber reconocido la posibilidad de que una práctica o acuerdo ulterior den lugar a la modificación de los respectivos tratados[362].

---

[357] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Le Procureur c. Furundžija* (véase la nota 355 *supra*); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Rantsev c. Chypre et Russie* (véase la nota 355 *supra*); con cautela: OMC, *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota *supra*), párr. 272; véase también, para una consideración parcial, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Award N.º 30-16-3 (18 de marzo de 1983), reimpreso en *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), págs. 141 y ss., en particular pág. 144.

[358] *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párrs. 92 y 93; *Estados Unidos-Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de* dumping *(«reducción a cero»)*, informe del Grupo Especial, WT/DS294/R (modificado por el informe del Órgano de Apelación aprobado el 9 de mayo de 2006, WT/DS294/AB/R y Corr.1), párr. 7.218.

[359] Véase por ejemplo *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n.º 34503/97, 12 de noviembre de 2008, párr. 52, CEDH 2008; y *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 de junio de 1993, párr. 35, *série A n.º 264*.

[360] OMC, *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 356 *supra*), párr. 273. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Öcalan c. Turquie* [GC], n.º 46221/99, párr. 163, 12 de mayo de 2005, CEDH 2005-IV.

[361] Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos-Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, adoptado el 11 de diciembre de 2008/*Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos-Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 391 a 393; a este respecto véase también el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD). Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *República Francesa* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-327/91, sentencia de 9 de agosto de 1994, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-3641.

[362] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n.º 61498/08, 2 de marzo de 2010, párrs. 119 y 120, CEDH 2010-II; *Öcalan c. Turquie* [GC] (véase la nota 360 *supra*); Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case N.º B1 (Counterclaim), Interlocutory Award N.º ITL 83-B1-FT*, 9 de septiembre de 2004, 2004 WL 2210709, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (1983-I), págs. 77 y ss., en particular págs. 125 y 126, párr. 132.

Capítulo XI

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A. Introducción

241. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «La cláusula de la nación más favorecida» (cláusula NMF) y establecer un grupo de estudio sobre la cuestión en su 61.º período de sesiones[363].

242. En el 61.º período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera[364]. El Grupo de Estudio se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62.º (2010) y 63.º (2011) bajo la misma presidencia conjunta[365].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

243. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae. En la primera reunión del Grupo de Estudio se rindió homenaje al que había sido Presidente del Grupo de Estudio junto al Sr. McRae, el Sr. A. Rohan Perera.

244. En su 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio.

1. Labor del Grupo de Estudio

245. El Grupo de Estudio celebró seis reuniones, los días 24 y 31 de mayo y 11, 12, 17 y 18 de julio de 2012.

246. El objetivo general del Grupo de Estudio es tratar de evitar la fragmentación del derecho internacional y poner de manifiesto la importancia de lograr una mayor coherencia en los planteamientos adoptados en las decisiones arbitrales en el ámbito de la inversión, en particular en relación con las disposiciones relativas al trato NMF. Se considera que el Grupo de Estudio podría contribuir al logro de una mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de inversiones. El Grupo trata de obtener unos resultados que tengan utilidad práctica para quienes tienen relación con el mundo de las inversiones y los encargados de formular políticas. El Grupo de Estudio no tiene intención de preparar un proyecto de artículos ni de revisar el proyecto de artículos de 1978 de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida[366]. Se prevé elaborar un informe en que figure una exposición general de los antecedentes, un análisis y una contextualización de la jurisprudencia, y se pongan de manifiesto los problemas surgidos y las tendencias existentes en la práctica y, en su caso, se formulen recomendaciones, incluidas posibles directrices y cláusulas modelo.

247. Hasta la fecha, el Grupo de Estudio ha examinado varios documentos de antecedentes para aclarar en mayor medida los problemas que plantea actualmente la cláusula NMF. En este contexto, ha examinado: *a*) un estudio que se está realizando sobre los tipos de disposiciones NMF vigentes; *b*) el proyecto de artículos de 1978 aprobado por la Comisión y los elementos de dicho proyecto que siguen siendo pertinentes; *c*) aspectos de la forma en que la cláusula NMF se había desarrollado y se estaba desarrollando en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC; *d*) otras novedades en el contexto de la OCDE y la UNCTAD; *e*) un análisis de cuestiones actuales relacionadas con el alcance de la aplicación de la cláusula NMF, como las que planteó el laudo en el asunto *Maffezini*[367].

248. También se han tratado de determinar las decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, así como el tipo de disposiciones NMF interpretadas. Asimismo, a fin de precisar el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones, se han analizado

[363] En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 354). Para una sinopsis del tema, véase ibíd., anexo II. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

[364] En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216). El Grupo de Estudio examinó, entre otras cosas, un marco que serviría de guía para la labor futura y acordó un plan de trabajo que incluía la preparación de documentos con el objetivo de aclarar en mayor medida cuestiones relativas, en particular, al alcance de las cláusulas de la nación más favorecida y a su interpretación y aplicación.

[365] En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio (véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 359 a 373). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009 que serviría como guía para la labor futura y acordó un programa de trabajo para 2010. Véase también *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 347 a 362.

[366] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

[367] *Catálogo de disposiciones NMF* (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); *El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1978* (Sr. S. Murase); *La cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC)* (Sr. D. M. McRae); *La labor de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con la cláusula NMF* (Sr. M. Hmoud); *La labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF* (Sr. S. C. Vasciannie); *El problema* Maffezini *en el marco de los tratados sobre inversiones* (Sr. A. R. Perera). Respecto al asunto *Maffezini*, véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Maffezini* c. *Reino de España*, caso n.º ARB/97/7 (disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/).

los factores que los tribunales han tenido en cuenta para la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF de los acuerdos de inversión, sobre la base de la labor realizada anteriormente sobre la cláusula NMF y del laudo del caso *Maffezini*[368].

249. El Grupo de Estudio ya ha señalado la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los acuerdos de inversión, la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato, y otros ámbitos del derecho internacional para determinar si alguna de las aplicaciones de la cláusula NMF en esos ámbitos pudiera ser de utilidad para la labor del Grupo de Estudio.

2. Deliberaciones del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones

250. En el actual período de sesiones de la Comisión, el Grupo de Estudio tuvo ante sí un documento de trabajo sobre «La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones», preparado por el Sr. McRae. También examinó un documento de trabajo sobre «Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento», preparado por el Sr. Forteau.

251. El documento de trabajo del Sr. McRae era una versión reestructurada del documento de trabajo de 2011 relativo a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en los acuerdos de inversión, en que se tuvieron en cuenta las últimas novedades y las deliberaciones del Grupo de Estudio en 2011. Contenía un análisis de las últimas decisiones y de los nuevos factores que se habían tomado en consideración en la jurisprudencia. También ofrecía una evaluación de los diferentes planteamientos interpretativos seguidos por los tribunales.

252. Durante el examen del documento de trabajo del Sr. McRae se debatió si la naturaleza del tribunal influía en la forma en que interpretaba los tratados, en particular si la naturaleza mixta del arbitraje (con la participación de un Estado y un particular) era un factor pertinente en el proceso de interpretación. El documento de trabajo del Sr. Forteau fue fruto de ese debate.

253. Ambos documentos de trabajo son documentos preparatorios que formarán parte del informe general que presentará el Grupo de Estudio.

254. El Grupo de Estudio también tuvo ante sí un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al asunto *Maffezini* en que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la decisión en el asunto *Maffezini*, entre otras cosas declarando expresamente que la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias; o declarando expresamente que la cláusula NMF sí se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias; o enumerando expresamente los ámbitos a los que se aplica la cláusula NMF. También examinó un documento de trabajo oficioso que contenía un panorama general sobre la formulación de las cláusulas NMF en los acuerdos relativos a la sede que confieren a los representantes de los Estados ante la organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozan los diplomáticos en el Estado anfitrión. Estos documentos de trabajo oficiosos, junto a un documento de trabajo oficioso sobre los tratados fiscales bilaterales y la cláusula de la nación más favorecida que no fue examinado por el Grupo de Estudio, siguen siendo objeto de elaboración y continuarán actualizándose para asegurar su exhaustividad.

a) *Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento (Sr. M. Forteau)*

255. En el documento de trabajo se explicó la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones; se evaluaron las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en los arbitrajes mixtos; y se estudiaron los efectos de esos arbitrajes en la aplicación de la cláusula NMF a disposiciones de procedimiento. Se consideró que la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones actuaba a dos niveles ya que, al ser las partes en el procedimiento un demandante privado y un Estado demandado, no tenían la misma naturaleza. Asimismo, se argumentó que el tribunal en esa instancia era un sustituto funcional de un tribunal nacional, por lo demás competente, del Estado receptor[369]. Por lo tanto, el arbitraje mixto se situaba entre los planos nacional e internacional, ya que, cuando se refería a inversiones, tenía afinidades tanto con el arbitraje comercial internacional como con el arbitraje público internacional[370]. Tenía un elemento privado y un elemento público.

256. Al evaluar las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en el arbitraje mixto, se señaló que, si bien *ratione materiae* el proyecto de artículos de 1978 abarcaba todos los ámbitos, incluido el establecimiento de personas físicas y jurídicas extranjeras y sus derechos y obligaciones individuales, *ratione personae* su alcance general no incluía obligaciones o derechos individuales. En el sentido clásico, no se consideraba a la persona como sujeto internacional, en la aplicación de la cláusula NMF. El hecho de que un tribunal tuviera carácter mixto hacía que la persona, al igual que el Estado, también se beneficiara de la cláusula NMF en el orden internacional; la persona, sin ser parte en un tratado, puede invocar las cláusulas jurisdiccionales de un tratado contra un Estado parte demandado; dado que el tratado prevé tanto el trato como el derecho a recurrir al arbitraje, resulta difícil distinguir lo que corresponde al arreglo de controversias relacionadas con el tratado de lo que corresponde al trato previsto en el tratado. Este último aspecto pone de manifiesto la

[368] *Interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones* (D. M. McRae). Véase también *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 351 a 353.

[369] Véase S. W. Schill, «Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis for Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n.º 2 (2011), pág. 362, nota 31. Véase también M. Forteau, «Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office: juge interne, juge international, ou l'un et l'autre *à la fois*?», en Liber amicorum *Jean-Pierre Cot*: *Le procès international*, Bruselas, Bruylant, 2009, págs. 95 a 129.

[370] Véase, en relación con esta cuestión, F. Latty, «Arbitrage transnational et droit international général (2008)», *Annuaire français de droit international*, vol. 54 (2008), págs. 467 y ss., en particular págs. 471 a 475.

existencia de dos corrientes interpretativas: una insiste en el aspecto del «trato» (dos Estados otorgan un trato preferencial a sus respectivos nacionales) para justificar más fácilmente la aplicación de la cláusula NMF a la cláusula de arreglo de controversias; la otra insiste en el aspecto del «arreglo de controversias» (la cláusula de arreglo de controversias es la base del consentimiento del Estado al arbitraje) al destacar la necesidad de respetar el principio del consentimiento del Estado al arbitraje.

257. En lo que respecta al efecto, se sugirió que no se descartaba la aplicación de, al menos, directrices de interpretación especiales, cuando no normas de interpretación, al arbitraje mixto debido a su naturaleza singular. El efecto era que, según el aspecto de la naturaleza mixta, algunos tribunales darían más importancia al aspecto público del arbitraje (o sea, al aspecto de «arreglo de controversias») (enfoque público) que a su aspecto privado (o sea, el aspecto del «trato»), otros adoptarían el planteamiento contrario (enfoque privado), mientras que en otros casos habría una combinación de ambos aspectos (enfoque sincrético).

b) *La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae)*

258. En el documento de trabajo se reconoció que, pese al recurso a la interpretación de los tratados o a la referencia a los instrumentos de interpretación previstos en la Convención de Viena de 1969 a la hora de interpretar las cláusulas NMF, había escasa coherencia en la forma en que los tribunales de inversiones abordaban en la práctica el proceso de interpretación o, necesariamente, en las conclusiones que adoptaban. En consecuencia, se examinaron con mayor detalle los criterios adoptados por los tribunales de inversiones, tratando de determinar algunos factores que parecían influir en esos tribunales al interpretar las cláusulas NMF y de identificar determinadas tendencias.

259. Se señalaron, entre otros, los siguientes factores y tendencias: *a*) el establecimiento de una distinción entre *fondo y procedimiento*, examinando la cuestión básica de si, en principio, una disposición NMF puede referirse a disposiciones tanto procedimentales como sustantivas del tratado; *b*) la interpretación de la disposición NMF en relación con las disposiciones de arreglo de controversias del tratado como una *cuestión jurisdiccional*, que en algunos casos implicaba la utilización de una norma supuestamente más estricta para interpretar si el alcance de una cláusula NMF era el de un acuerdo de arbitraje, mientras que en otros casos establecía una diferencia entre *jurisdicción y admisibilidad* y distinguía las disposiciones relativas al derecho a presentar una reclamación, que corresponden al ámbito jurisdiccional, de las disposiciones relativas a la forma en que debe presentarse la reclamación, que se ha interpretado que pertenecen al ámbito de la admisibilidad; *c*) la adopción del planteamiento del *conflicto de las disposiciones convencionales*, con arreglo al cual los tribunales tienen en cuenta el hecho de que la cuestión que trata de incorporarse en el tratado ya se recogía, de una forma diferente, en el tratado básico mismo; *d*) la consideración de la *práctica* convencional de cada una de las partes en el tratado bilateral de inversión (TBI) en relación con el cual se haya recurrido a una cláusula NMF como medio de verificar la intención de las partes respecto del alcance de la cláusula NMF; *e*) la consideración del *momento pertinente* en que se concluyó el tratado (principio de contemporaneidad), así como de la práctica posterior, para determinar la intención de las partes; *f*) la evaluación de la influencia en el tribunal del contenido de la disposición que se ha pretendido sustituir o añadir por medio de una cláusula NMF; *g*) el reconocimiento de una *doctrina del precedente* implícita, una tendencia que obedece más a un deseo de coherencia que a cualquier estructura jerárquica; *h*) la evaluación del contenido de la disposición invocada para determinar si, de hecho, otorgaba un *trato más o menos favorable*; e *i*) la consideración de la existencia de *excepciones de política*.

c) *Resumen de las deliberaciones*

260. Si bien reconoció que su labor se centraba en el ámbito de las inversiones, el Grupo de Estudio consideró apropiado situar las cuestiones debatidas en un marco normativo más amplio, en el contexto del derecho internacional general y de la labor anterior de la Comisión. El Grupo de Estudio también confirmó la posibilidad de elaborar directrices y cláusulas modelo.

261. Sobre la base del documento de trabajo del Sr. McRae, en que también se analizaba de forma provisional la orientación que podía seguir el Grupo de Estudio, este inició un intercambio de opiniones sobre tres cuestiones principales: *a*) si en principio se podían aplicar disposiciones NMF a las disposiciones de arreglo de controversias de los TBI; *b*) si las condiciones previstas en los TBI para que los inversores puedan invocar disposiciones de arreglo de controversias influían en la jurisdicción de un tribunal; y *c*) cuáles eran los factores que se tenían en cuenta en el proceso de interpretación para determinar si una disposición NMF de un TBI era aplicable a las condiciones para invocar el arreglo de controversias.

262. El Grupo de Estudio reconoció que la cuestión de si una disposición NMF podía o no aplicarse a las disposiciones de arreglo de controversias correspondía al ámbito de la interpretación de los tratados y debía determinarse en cada tratado concreto, con sus propias especificidades que era preciso tener en cuenta. Se señaló que no había ningún problema particular cuando las partes incluían o excluían expresamente las condiciones para acceder al arreglo de controversias en el marco de su disposición NMF. La necesidad de interpretación se había planteado, como en la mayoría de los casos, cuando las disposiciones NMF de los TBI existentes no indicaban expresamente si incluían o excluían cláusulas de arreglo de controversias. Se sugirió que, al menos, al interpretar las disposiciones NMF de los TBI, los tribunales no necesitaban averiguar si en principio no cabía aplicar esas disposiciones a las disposiciones de arreglo de controversias. Tras el caso *Maffezini*, sería prudente que los Estados indicaran su preferencia.

263. Se señaló que los tribunales de inversiones consideran, de manera tanto explícita como implícita, que la cuestión del alcance de las disposiciones NMF de los TBI corresponde al ámbito de la interpretación de los tratados. Los TBI son tratados que se rigen por el derecho internacional. Por consiguiente, para su interpretación

son aplicables los principios de interpretación de los tratados establecidos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969. La regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena es que un tratado «deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». En el contexto de su labor futura, el Grupo de Estudio seguirá examinando los diversos factores que los tribunales han tenido en cuenta en sus interpretaciones a fin de estudiar la posibilidad de formular recomendaciones en relación con: *a*) el ámbito del contexto; *b*) la pertinencia del contenido de la disposición que se desea sustituir; *c*) la interpretación de la disposición que se desea incluir; *d*) la pertinencia de la labor preparatoria; *e*) la práctica convencional de las partes; *f*) el principio de contemporaneidad. Se consideró que sería necesario seguir estudiando los aspectos relativos a la interpretación de la cláusula NMF más allá del caso *Maffezini*, si podía aclararse más la distinción entre jurisdicción y admisibilidad establecida en la jurisprudencia, la cuestión de la legitimación para invocar la cláusula NMF, si cabía interpretar la disposición del «trato menos favorable» de una manera particular cuando se invocaba en el contexto de TBI, y si cabía invocar excepciones de política para limitar la aplicación de la cláusula NMF.

264. El Grupo de Estudio recordó que ya había señalado la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los acuerdos de inversión, así como la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato. Esas cuestiones se tendrán en cuenta a medida que el Grupo de Estudio avance en sus trabajos. También se recordó que se había previsto estudiar con mayor detalle la relación entre la cláusula NMF y los acuerdos comerciales regionales. Además, se sugirió que había otras cuestiones de actualidad que suscitaban interés, como la relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos. No obstante, el Grupo de Estudio era consciente de la necesidad de no ampliar el alcance de su labor y, por lo tanto, se mostró cauteloso a la hora de examinar aspectos que podían desviar su atención de su labor en ámbitos que planteaban problemas en relación con la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos de 1978.

265. El Grupo de Estudio intercambió puntos de vista sobre las líneas generales de su futuro informe y, en términos generales, consideró importante incluir una exposición general de antecedentes sobre su labor en el marco más amplio del derecho internacional general, teniendo en cuenta las novedades que se habían producido tras la aprobación del proyecto de artículos de 1978, a fin de abordar los problemas actuales relativos a las cláusulas NMF y analizar a ese respecto cuestiones como la pertinencia actual de las disposiciones NMF, la labor realizada por otros órganos en relación con las disposiciones NMF y los diferentes planteamientos seguidos en la interpretación de las disposiciones NMF. También se prevé que en el informe final del Grupo de Estudio se aborde ampliamente la cuestión de la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión en lo que se refiere a la solución de controversias, analizando los diversos factores que se tienen en cuenta en ese proceso y presentando ejemplos de cláusulas modelo para la negociación de disposiciones NMF sobre la base de la práctica de los Estados. El Grupo de Estudio reconoció que los cambios en la composición de la Comisión habían afectado al avance de su labor, dado que no había sido posible abordar determinados aspectos entre períodos de sesiones. Sin embargo, seguía mostrándose optimista en cuanto a la posibilidad de concluir su labor en los próximos dos o tres períodos de sesiones de la Comisión.

Capítulo XII

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

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

266. En su 3132.ª sesión, el 22 de mayo de 2012, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial para el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» a la Sra. Concepción Escobar Hernández, en sustitución del Sr. Roman A. Kolodkin.

B. Aplicación provisional de los tratados

267. En su 3132.ª sesión, el 22 de mayo de 2012, la Comisión también decidió incluir el tema «Aplicación provisional de los tratados» en su programa de trabajo actual y decidió nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

C. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario

268. En su 3132.ª sesión, el 22 de mayo de 2012, la Comisión decidió además incluir el tema «La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo actual y decidió nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Michael Wood.

D. Los tratados en el tiempo

269. En su 3136.ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, la Comisión decidió: *a*) modificar, con efecto a partir de su 65.º período de sesiones (2013), la estructura de su labor sobre este tema, tal como había propuesto el Grupo de Estudio; y *b*) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados».

E. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

270. En su 3132.ª sesión, el 22 de mayo de 2012, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso[371].

271. El Grupo de Planificación celebró cuatro sesiones. Tuvo ante sí la sección G del resumen por temas de los debates celebrados por la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/650 y Add.1), titulada «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión»; la resolución 66/98 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones, y en particular los párrafos 22 a 28 de esta; y la resolución 66/102 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

272. En su primera sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, el Grupo de Planificación decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo para el presente quinquenio, presidido por el Sr. Donald M. McRae. El 24 de julio de 2012, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó un informe oral sobre la marcha de los trabajos al Grupo de Planificación y señaló, entre otras cosas, que el Grupo de Trabajo había celebrado cuatro sesiones durante las cuales había examinado algunos temas posibles.

2. Programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio

273. La Comisión recordó su decisión de 2011 de que el Grupo de Planificación debería colaborar con los relatores especiales y los coordinadores de los grupos de estudio en la tarea de definir, al inicio de cada nuevo tema, un calendario provisional para el desarrollo del tema durante el número de años que fuese necesario y revisar periódicamente el logro de los objetivos anuales de ese calendario, actualizándolo cuando procediera[372]. La Comisión recordó también que era habitual al comienzo de cada quinquenio preparar el programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio fijando en términos generales los objetivos que habían de lograrse con respecto a cada tema sobre la base de las indicaciones de los relatores especiales. La Comisión entiende que este programa de trabajo tiene carácter provisional, dado que la naturaleza y la complejidad de la labor impiden hacer predicciones exactas con antelación.

Programa de trabajo (2013-2016)

a) *Expulsión de extranjeros*

2013

Proyecto de artículos presentado a los Estados.

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

[372] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 378 *c*.

2014

Inicio de la segunda lectura del proyecto de artículos en la Comisión.

2015

Finalización y aprobación por la Comisión de los proyectos de artículos en segunda lectura.

2016

…

b) *Protección de las personas en casos de desastre*

2013

Sexto informe: la fase anterior al desastre.

2014

Séptimo informe: protección del personal de socorro, empleo de términos, disposiciones varias, primera lectura, proyecto completo.

2015

Primera lectura del proyecto, observaciones de los gobiernos.

2016

Octavo y último informe: segunda lectura, aprobación del proyecto de artículos completo.

c) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*

2013

Primer informe sustantivo a la Comisión con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2014

Segundo informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2015

Tercer informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2016

Cuarto informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción. Aprobación de los proyectos de artículos en primera lectura por la Comisión.

d) *Aplicación provisional de los tratados*

2013

Primer informe.

2014

Segundo informe con el proyecto de artículos/directrices/cláusulas tipo.

2015

Tercer informe con el proyecto revisado de artículos/directrices/cláusulas tipo.

2016

Cuarto informe.

e) *La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario*

2013

Primer informe: cuestiones o documentos preliminares o de antecedentes.

2014

Segundo informe: práctica de los Estados y *opinio juris*, con un proyecto de conclusiones o directrices.

2015

Tercer informe: temas específicos, como el «objetor persistente», con un proyecto de conclusiones o directrices.

2016

Cuarto informe: serie consolidada y revisada de conclusiones o directrices para su examen y aprobación.

f) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*

2013

Primer informe.

2014

Segundo informe.

2015

Tercer informe: aprobación provisional del proyecto de conclusiones.

2016

Finalización del proyecto de conclusiones.

g) *Cláusula de la nación más favorecida*

2013

Presentación de un proyecto de posible informe final con investigaciones suplementarias sobre temas específicos.

2014

Revisión del proyecto de informe y aprobación con modificaciones o solicitud de nuevas modificaciones e investigaciones.

2015

Aprobación del informe final.

2016

…

h) *Obligación de extraditar o juzgar* (aut dedere aut judicare)

La Comisión determinará en su 65.º período de sesiones si va a seguir adelante con el tema y, en tal caso, la forma en que lo hará.

3. Examen de la resolución 66/102 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

274. La Asamblea General, en su resolución 66/102, de 9 de diciembre de 2011, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras disposiciones reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, siguiera formulando observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde 2008 la Comisión venía formulando observaciones sobre sus funciones en la promoción del estado de derecho. La Comisión observa que el contenido de los extensos comentarios que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008[373] sigue siendo pertinente y reitera las observaciones recogidas en el párrafo 231 de su informe de 2009[374], así como las que figuran en los párrafos 390 a 393 de su informe de 2010[375] y los párrafos 392 a 398 de su informe de 2011[376].

275. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de la Comisión, ya que su misión fundamental es trabajar en pro del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, teniendo presente su aplicación en el plano nacional. La Comisión toma nota de que la función de la Asamblea General de alentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación se reafirma una vez más en la resolución /102 de la Asamblea sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

276. La Comisión recuerda que, en su calidad de órgano creado por la Asamblea General, y de acuerdo con el mandato establecido en el Artículo 13, párrafo 1 *a*, de la Carta de las Naciones Unidas y en su estatuto, la Comisión sigue promoviendo el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional mediante su labor. La labor de la Comisión ha dado lugar a que los Estados aprueben un número considerable de convenciones. Para que esas convenciones cumplan plenamente su finalidad tienen que ser ratificadas y aplicadas. Además de formular proyectos de artículos, los resultados de la labor de la Comisión presentan otras formas, que también contribuyen al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Teniendo presente en todos sus trabajos el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional. La Comisión considera que su labor de promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional pone de manifiesto la forma en que trata de promover el estado de derecho en el plano internacional.

277. La Comisión celebra la decisión de la Asamblea General de declarar «El estado de derecho en los planos nacional e internacional» cuestión temática del presente año y de celebrar una reunión de alto nivel en 2012.

278. Teniendo presente la estrecha relación que existe entre el estado de derecho en el plano nacional y en el plano internacional, la Comisión, en cumplimiento de su mandato de promover la codificación y el desarrollo progresivo, considera que su labor debe tener en cuenta, cuando proceda, los principios de derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho en el plano internacional, como se refleja en el preámbulo y el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, la Comisión ha promovido la concienciación respecto del estado de derecho en los planos nacional e internacional mediante la labor realizada en temas como la expulsión de extranjeros, la protección de las personas en casos de desastre y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

279. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Honorarios

280. La Comisión reitera una vez más su opinión, expresada en informes anteriores de la Comisión[377], sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación de la resolución 56/272 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2002. La Comisión insiste en que esa resolución afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

---

[373] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 163 y 164.

[374] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 162.

[375] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), pág. 216.

[376] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 194.

[377] Véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 525 a 531; *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 447; *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 369; *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 501; *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 269; *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 379; *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 358; *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 240; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 396; y *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 399.

5. Documentación y publicaciones

281. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para su tarea las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría[378]. En particular, la Comisión se felicitó por la publicación de la octava edición de *The Work of the International Law Commission* (La Comisión de Derecho Internacional y su obra), una publicación que ofrece un análisis autorizado, exhaustivo y actualizado de la contribución de la Comisión al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la intención de la División de Codificación de continuar con la práctica de publicar nuevas ediciones de la obra al comienzo de cada quinquenio. Asimismo, se pidió a la Secretaría que hiciera cuanto estuviera en su mano para que la publicación saliera lo antes posible en los otros cinco idiomas de las Naciones Unidas. La Comisión se congratuló también por la publicación del volumen del *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas* correspondiente a 2010, así como de una nueva edición de *United Nations Legislative Series*, titulada «Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts»[379]. La Comisión subraya la utilidad de seguir publicando *Legislative Series*. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera facilitando a la Comisión dichas publicaciones en formato impreso.

282. La Comisión manifestó también su reconocimiento por que la División de Codificación pudiera agilizar de manera significativa la publicación de esas obras gracias a la continuación y expansión de su iniciativa de maquetación electrónica, con la que mejoraron enormemente la publicación oportuna y la pertinencia de esas publicaciones para la labor de la Comisión.

283. La Comisión recomienda que en sus documentos y publicaciones, y en particular en los instrumentos jurídicos que apruebe, incluidas las versiones que figuren en los *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, los editores de las Naciones Unidas adopten como norma el empleo de minúsculas al inicio de la primera palabra de una oración que sea continuación de otra y figure en un subpárrafo de esta.

284. La Comisión celebra los avances para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Elogia la labor de la Sección de Edición de Publicaciones y Corrección de Pruebas y la alienta a que prosiga su valiosa labor de preparación de esta importante publicación.

285. La Comisión expresa su agradecimiento a todos los servicios que han intervenido en el procesamiento de los documentos, en Ginebra y en Nueva York, por la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados, que ha contribuido a que la Comisión llevara a cabo su labor de manera fluida.

286. La Comisión desea expresar su agradecimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que presta asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

[378] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 387 a 395.

[379] ST/LEG/SER.B/25.

6. Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

287. La Comisión reiteró que los *Anuarios* eran cruciales para entender la labor de la Comisión en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, así como en el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión observó que la Asamblea General, en su resolución 66/98, había expresado su reconocimiento a los gobiernos que han realizado contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* y alienta a que se hagan nuevas contribuciones al fondo.

7. Asistencia de la División de Codificación

288. La Comisión expresó su reconocimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión y por su participación en proyectos de investigación relacionados con la labor de la Comisión. La Comisión insistió en el especial valor que, para su labor, tenían, por su pertinencia e importancia, las publicaciones jurídicas preparadas por la División de Codificación, y reiteró su petición de que siguieran facilitándose a la Comisión esas publicaciones.

8. Sitios web

289. La Comisión expresó una vez más su reconocimiento por los resultados de la labor de la Secretaría de gestión y actualización continuas de su sitio web sobre la Comisión de Derecho Internacional[380]. La Comisión reiteró que este y otros sitios web mantenidos por la División de Codificación[381] constituían un recurso inestimable para la Comisión en el desempeño de sus funciones, así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre sus trabajos, con lo que se contribuía a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida, como se recordaba en el párrafo 412 del informe de la Comisión de 2011[382]. La Comisión observa con satisfacción que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figura información sobre la situación actual de los temas de su programa, así como versiones preliminares editadas de las actas resumidas de la Comisión.

F. Fecha y lugar del 65.º período de sesiones de la Comisión

290. La Comisión decidió que el 65.º período de sesiones de la Comisión se celebrase en Ginebra del 6 de mayo al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2013.

G. Cooperación con otros organismos

291. En su 3148.ª sesión, celebrada el 24 de julio de 2012, el Magistrado Peter Tomka, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó

[380] http://legal.un.org/ilc

[381] En general pueden consultarse en: www.un.org/law/lindex.htm.

[382] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 196 y 197.

a la Comisión de las actividades recientes de la Corte y de los asuntos actualmente sometidos a su consideración[383], señalando particularmente a la atención de la Comisión los aspectos que revestían una especial pertinencia para sus trabajos. Después hubo un intercambio de opiniones.

292. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa estuvieron representados en el actual período de sesiones de la Comisión por la Presidenta del CAHDI, Sra. Edwige Belliard, y el Director de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, Sr. Manuel Lezertua, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en su 3140.ª sesión, el 4 de julio de 2012[384]. Centraron sus intervenciones en las actividades actuales del CAHDI respecto de diversas cuestiones jurídicas, así como en las del Consejo de Europa. Tras ellas, hubo un intercambio de opiniones.

293. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por el Sr. Blaise Tchikaya y por el Sr. Minelik Alemu Getahun, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en su 3146.ª sesión, el 17 de julio de 2012[385]. Los oradores presentaron un panorama general de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

294. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado, en el actual período de sesiones de la Comisión, por el Sr. David P. Stewart, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 3149.ª sesión, el 25 de julio de 2012[386]. Presentó un panorama general de las actividades recogidas en el informe anual del Comité. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

295. El Secretario General de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), Sr. Rahmat Bin Mohamad, hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 3150.ª sesión, el 26 de julio de 2012[387]. Informó a la Comisión de las recientes y próximas actividades de la AALCO. En particular se refirió al examen de la labor de la Comisión que había llevado a cabo la AALCO. Tras la intervención, hubo un intercambio de opiniones.

296. El 10 de julio de 2012 tuvo lugar un intercambio de opiniones entre miembros de la Comisión y el CICR sobre temas de interés mutuo, entre ellos, un panorama general de las prioridades más importantes de la División Jurídica del CICR y una exposición sobre un proyecto del CICR sobre el refuerzo de la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados, así como cuestiones relacionadas con el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados»[388]. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

H. Representación en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General

297. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Lucius Caflisch, la representase en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General.

298. En su 3158.ª sesión, el 3 de agosto de 2012, la Comisión pidió al Sr. Maurice Kamto, Relator Especial del tema «La expulsión de extranjeros», que asistiera al sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989.

299. La Comisión desearía que la Sexta Comisión de la Asamblea General invitase al ex Relator Especial del tema «Las reservas a los tratados», Sr. Alain Pellet, a asistir a las deliberaciones que se celebren en la Sexta Comisión sobre el capítulo relacionado con ese tema del informe de la Comisión de 2011[389].

I. Homenaje al Secretario de la Comisión

300. En su 3158.ª sesión, el 3 de agosto de 2012, la Comisión rindió homenaje al Sr. Václav Mikulka, que había desempeñado de manera notable el cargo de Secretario de la Comisión desde 1999 y que se jubilaría tras el período de sesiones en curso. La Comisión le expresó su agradecimiento por su destacada contribución a la labor de la Comisión y a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional; reconoció con aprecio su profesionalidad, dedicación al servicio público y compromiso con el derecho internacional; y le expresó sus mejores deseos para el futuro.

J. Seminario de Derecho Internacional

301. De conformidad con la resolución 66/98 de la Asamblea General, el 48.º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 2 al 20 de julio de 2012, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a estudiantes de cursos avanzados que se especializan en derecho internacional y a jóvenes del mundo académico, diplomático o funcionarial.

302. Asistieron al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades de todas las regiones del mundo[390]. Los participantes en el Seminario asistieron a

[383] La declaración se recoge en el acta resumida de esa sesión.

[384] Ídem.

[385] Ídem.

[386] Ídem.

[387] Ídem.

[388] La Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica del CICR, hizo una exposición general de la iniciativa conjunta del CICR y Suiza sobre el refuerzo de los mecanismos de cumplimiento del derecho internacional humanitario y el Sr. Ramin Mahnad habló acerca del proyecto del CICR sobre el refuerzo de la protección jurídica de las personas privadas de su libertad en los conflictos armados sin carácter internacional. La Sra. Marie G. Jacobsson hizo una exposición general sobre el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados», que se encuentra en el programa a largo plazo de la Comisión.

[389] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), cap. IV, e ibíd., vol. II (tercera parte).

[390] Las siguientes personas participaron en el 48.º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional: Sra. Adejumoke Adegbonmire (Nigeria), Sra. Mariam Al-Hail (Qatar), Sra. Alma Amézquita Manzano (México), Sr. Michel-Ange Bontemps (Haití), Sr. Sékou Camara (Guinea), Sra. Xiaohua Chen (China), Sra. Rhia Rilina Chowdhury (India), Sra. Carolina Claro (Brasil), Sra. Yolande Dwarika (Sudáfrica), Sra. Desislava Gosteva (Bulgaria), Sra. Eugenia Gutiérrez

las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

303. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Lucius Caflisch. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario. La coordinación científica del Seminario estuvo a cargo de la Universidad de Ginebra. Desempeñó las funciones de coordinador el Sr. Vittorio Mainetti, de la Universidad de Ginebra, con la ayuda del Sr. Martin Denis, Asistente Jurídico.

304. Los siguientes miembros de la Comisión pronunciaron las conferencias que se indican: Sr. Ernest Petrič: «La labor de la Comisión de Derecho Internacional»; Sra. Concepción Escobar Hernández: «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»; Sr. Georg Nolte: «Los tratados en el tiempo»; Sr. Donald. M. McRae: «La cláusula de la nación más favorecida»; Sr. Shinya Murase: «La protección de la atmósfera en el derecho internacional: argumentos para la codificación»; y Sr. Maurice Kamto: «La expulsión de extranjeros».

305. También pronunciaron conferencias el Sr. Eric Tistounet, Jefe de la Dependencia del Consejo de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: «La revisión de los mecanismos del Consejo de Derechos Humanos: un análisis»; y la Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja: «Desafíos actuales del derecho internacional humanitario».

306. Se organizaron dos sesiones externas especiales en la Universidad de Ginebra y en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. En la Universidad de Ginebra los participantes en el Seminario asistieron a una sesión de debate sobre el tema: «El medio ambiente en relación con los conflictos armados». Al término de la sesión hubo una recepción ofrecida por la Universidad de Ginebra. En el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra, los participantes en el Seminario asistieron a una sesión sobre «La protección de la atmósfera en el derecho internacional».

307. Los participantes en el Seminario tuvieron la oportunidad de familiarizarse con la labor de otras organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Asimismo, asistieron a una sesión del Comité de Derechos Humanos y a un acto paralelo organizado en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el tema: «La propiedad intelectual y la salvaguarda del patrimonio cultural intangible: entender el panorama jurídico internacional». Por último, se organizó una visita al Centro Europeo para la Investigación Nuclear (CERN).

308. En el Seminario se organizaron grupos de trabajo sobre: «Los crímenes de lesa humanidad como posible tema de codificación», «La protección de las personas en casos de desastre» y «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado». Cada uno de los participantes en el Seminario fue asignado a uno de los grupos. Tres miembros de la Comisión, la Sra. Concepción Escobar Hernández, el Sr. Sean D. Murphy y el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, supervisaron y ofrecieron orientación especializada a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones al Seminario en una sesión especial organizada a tal fin. Los informes fueron recopilados y se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

309. La República y Cantón de Ginebra hizo gala de su tradicional hospitalidad y ofreció a los participantes una visita guiada a la Sala Alabama del Ayuntamiento, seguida de una recepción.

310. El Sr. Lucius Caflisch, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, el Sr. Markus Schmidt, Director del Seminario, y la Sra. Mariam Al-Hail (Qatar), en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión y los participantes en la ceremonia de clausura del Seminario. Cada participante recibió un certificado de participación en la 48.ª sesión del Seminario.

311. La Comisión tomó nota con especial reconocimiento de que, desde 2010, los Gobiernos de Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, Suecia y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. La situación financiera del Fondo permitía conceder un número suficiente de becas a candidatos de mérito, especialmente procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. Este año se concedieron becas (viaje y/o dietas) a 15 candidatos.

312. Desde 1965, año en que se inició el Seminario, han asistido a este 1.093 participantes de 170 nacionalidades. De ellos, 669 han recibido becas.

313. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo y de todas las regiones geográficas y tradiciones jurídicas, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda a la Asamblea General que haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2013 cuente con la más amplia participación posible.

314. La Comisión observó con satisfacción que en 2012 el Seminario había contado con servicios de interpretación completos y expresa su esperanza de que en el próximo período de sesiones, en 2013, se cuente con los mismos servicios, en la medida que lo permitan los recursos disponibles.

Ruiz (Costa Rica), Sra. Sara Ianovitz (Italia), Sr. Levon Isakhanyan (Georgia), Sra. Yuriko Kuga (Japón), Sr. Thushara Kumarage (Sri Lanka), Sr. Marco Mollar (Argentina), Sr. Josel Mostajo (Filipinas), Sra. Michaela Rišova (Eslovaquia), Sr. Abderrezak Seghiri (Argelia), Sr. Regis Simo (Camerún), Sra. Kate Smyth (Australia), Sra. Lucía Solano Ramírez (Colombia), Sra. Alexia Solomou (Chipre) y Sr. Tesfagabir Teweldebirhan Kibrom (Eritrea). El Comité de Selección, presidido por la Sra. Laurence Boisson de Chazournes (profesora de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales de la Universidad de Ginebra), se reunió el 26 de abril de 2012 en el Palacio de las Naciones y seleccionó a 25 candidatos de entre 94 solicitudes de participación. En el último momento, uno de los candidatos seleccionados no pudo asistir al Seminario.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 64.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/649	Programa provisional del 64.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en la página 10 supra.
A/CN.4/650 y Add.1	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo sexto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/651	Octavo informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Reproducido en *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/652	Quinto informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/653	Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Nota del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/654	Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/655 y Add.1 y 2	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría	A/CN.4/655 reproducido en *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte). A/CN.4/655/Add.1 y 2 mimeografiados.
A/CN.4/L.797	Expulsión de extranjeros. Texto de los proyectos de artículos 1 a 32 aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción en 2012	Mimeografiado.
A/CN.4/L.798	Informe del Grupo de Planificación	Ídem.
A/CN.4/L.799 [y Corr.1]	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/67/10). El texto definitivo figura en la página 9 *supra*.
A/CN.4/L.800	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 64.º período de sesiones)	Ídem, pág. 11 *supra*.
A/CN.4/L.801	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem, pág. 13 *supra*.
A/CN.4/L.802 y Add.1	Ídem: capítulo IV (Expulsión de extranjeros)	Ídem, pág. 14 *supra*.
A/CN.4/L.803	Ídem: capítulo V (Protección de las personas en casos de desastre)	Ídem, pág. 57 *supra*.
A/CN.4/L.804 y Add.1	Ídem: capítulo VI (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem, pág. 62 *supra*.
A/CN.4/L.805	Ídem: capítulo VII (Aplicación provisional de los tratados)	Ídem, pág. 70 *supra*.
A/CN.4/L.806	Ídem: capítulo VIII (La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario)	Ídem, pág. 72 *supra*.
A/CN.4/L.807	Ídem: capítulo IX (La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*))	Ídem, pág. 77 *supra*.
A/CN.4/L.808	Ídem: capítulo X (Los tratados en el tiempo)	Ídem, pág. 80 *supra*.
A/CN.4/L.809	Ídem: capítulo XI (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem, pág. 84 *supra*.
A/CN.4/L.810	Ídem: capítulo XII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem, pág. 88 *supra*.

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.811	Ídem: capítulo XII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión) (*continuación*)	Ídem, pág. 92 *supra*.
A/CN.4/L.812	Protección de las personas en casos de desastre. Título y texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 12, 13, 14 y 15, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción del 5 al 11 de julio de 2012	Mimeografiado.
A/CN.4/SR.3128 - A/CN.4/SR.3158	Actas resumidas provisionales de la sesiones 3128.ª a 3158.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario… 2012*, vol. I.

United Nations publication
Sales No. S.16.V.5
ISSN 0497-9885

ISBN 978-92-1-333462-1

Printed at United Nations, Geneva – 1710955 **(S)** – September 2017 – 109