

desempeño de las funciones antes mencionadas, que revisten una inequívoca naturaleza pública y oficial, y que, en el caso de los agentes diplomáticos, están estrechamente vinculadas al concepto de soberanía y al ejercicio de prerrogativas del poder público».

72. El párrafo 95 del informe que se examina define así las características del «acto realizado a título oficial»: a) es un acto de naturaleza penal; b) es un acto realizado por cuenta del Estado; c) es un acto que implica ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público. Durante el debate, varios miembros destacaron o criticaron la afirmación de que el acto debe tener naturaleza penal. El orador cree que esta afirmación se justifica por el simple hecho de que el tema que se examina es el de la inmunidad de jurisdicción penal. Por tanto, el acto debe ser constitutivo de delito en la legislación del Estado del foro.

73. El análisis también pone de relieve las diferencias existentes entre los criterios de atribución enunciados en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los criterios relativos a la responsabilidad de las personas por delitos tipificados en el derecho internacional. Cabe recordar en particular que, en relación con la atribución de actos a un Estado para establecer su responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión quería impedir que los Estados recurrieran a formas de actuación indirectas para ocultar su responsabilidad, por lo que adoptó un amplio enfoque con respecto a la definición de los elementos que establecen la responsabilidad. En el párrafo 112 del informe que se examina, se indica que, en el marco del presente tema, «ha de tenerse en cuenta la naturaleza penal de los actos a los que deben aplicarse los criterios de atribución, así como la naturaleza de la inmunidad, que constituye en sí misma una excepción a la regla general del ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro», de manera que se «asegure que la institución de la inmunidad no llegará a convertirse en un mecanismo para eludir la responsabilidad».

74. El estudio de esos trabajos y de los fallos de la Corte Internacional de Justicia permite constatar que un mismo acto puede dar lugar a dos formas de responsabilidad: la responsabilidad penal de la persona y la responsabilidad civil o internacional del Estado que representa. Estas dos formas de responsabilidad, reconocidas por la Corte, en particular en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, se explican claramente en los párrafos 109 y 110 del cuarto informe.

75. Al final de la sección B del capítulo I de su cuarto informe, la Relatora Especial examina cuestiones relativas al ejercicio de atribuciones del poder público y su relación con la cuestión de si los crímenes internacionales pueden o no considerarse «actos realizados a título oficial». Señala que considerar que esos crímenes no constituyen actos realizados a título oficial equivale a negar la realidad, ya que la mayoría de las veces esos crímenes graves son cometidos por el aparato del Estado y con el apoyo de sus funcionarios. Además, la participación de funcionarios del Estado en la comisión de algunos de esos crímenes, como la tortura, es un elemento

constitutivo del crimen. Por otra parte, al destacar así el papel de los funcionarios del Estado, se corre el riesgo de dar la impresión de que el acto no es atribuible al Estado y de exonerarlo de su responsabilidad internacional.

76. En el último párrafo de la sección B del capítulo I, antes de proponer el proyecto de artículo 2 f, la Relatora Especial señala que la calificación de un crimen internacional como «acto realizado a título oficial» no significa necesariamente que el funcionario del Estado haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad por la comisión de dicho crimen. Dada la especial gravedad de los crímenes en cuestión en derecho internacional, hay que tenerla en cuenta para definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. No obstante, esta cuestión debe estudiarse en el marco del examen de las excepciones a la inmunidad, sobre las que debe versar el próximo informe de la Relatora Especial.

77. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador considera que la propuesta de la Relatora Especial es realista. En conclusión, recomienda que los dos proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 3277ª SESIÓN

*Jueves 23 de julio de 2015, a las 15.05 horas*

*Presidente:* Sr. Narinder SINGH

*Miembros presentes:* Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

### **Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)**

[Tema 3 del programa]

#### CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

2. La Sra. JACOBSSON dice que el análisis exhaustivo de la práctica de los tribunales nacionales llevado a cabo por la Relatora Especial es valioso, pues pone de manifiesto las contradicciones existentes en esa práctica. Celebra el análisis en profundidad de los artículos

sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y del principio de «un acto, dos responsabilidades», pero coincide con el Sr. Nolte en que la Comisión no debería ahondar en el contenido de soberanía. Se felicita de la intención de centrar la futura labor en las limitaciones y excepciones a la inmunidad: ahora que la Comisión ha culminado las primeras etapas de su labor, debe tratar las cuestiones más delicadas. Existe una relación importante entre las excepciones a la inmunidad y las normas de procedimiento que también debe abordarse.

3. En cuanto a la definición de «acto realizado a título oficial», la Relatora Especial parece partir del supuesto de que solo se aplica a los actos en relación con los cuales un tribunal extranjero puede ejercer la jurisdicción penal. Describe claramente las principales características de los actos delictivos y la relación directa entre esos actos y la persona que los ha cometido. No obstante, la expresión «por su contenido, constituye un crimen», que figura en el proyecto de artículo 2 f, puede resultar ambigua.

4. El proyecto de artículo 6, párrafo 3, que destaca el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, parece superfluo, ya que en el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 4<sup>301</sup> se indica lo mismo.

5. Por último, la oradora se muestra a favor de que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

6. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ afirma que, en su cuarto informe, la Relatora Especial ha dado un paso de suma importancia en el tratamiento del tema, esto es, desarrolla el análisis de los elementos material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*. En cuanto al concepto de «acto realizado a título oficial», en cuyo análisis se centra la mayor parte del informe, la Relatora Especial constata en el párrafo 32 que no existe una definición al respecto en el derecho internacional contemporáneo. Por ello, hace un análisis muy minucioso de los posibles elementos para identificar esa categoría de actos que pudieran existir en la práctica judicial nacional. En todo caso, habría sido útil identificar eventuales elementos comunes en esa práctica y en la legislación nacional.

7. Sobre la base del análisis efectuado, la Relatora Especial propone una definición de «acto realizado a título oficial», cuya primera parte parece adecuada al orador, a diferencia de la segunda, que le plantea problemas, al igual que a otros miembros. La reacción negativa está relacionada con la referencia al carácter penal del acto de que se trate y se debe a un pequeño error de traducción del español. La redacción se puede mejorar en línea con lo sugerido por el Sr. Caflisch.

8. Una consecuencia del carácter penal del acto es lo que la Relatora Especial describe como «un acto, dos responsabilidades». Los efectos de las excepciones a la inmunidad, que se tratarán en el próximo informe, serán de suma importancia en cuanto al contenido y alcance

del acto. La Comisión deberá decidir si concibe que los actos de los funcionarios del Estado que constituyan delitos pueden ser realizados a título oficial. Los actos *ultra vires*, los actos *iure gestionis* y los crímenes internacionales también pueden ser considerados excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, aunque los últimos requieren una aproximación más matizada. Como ha recordado la Relatora Especial, en su opinión separada conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buerghental señalaron que los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados actos oficiales, ya que no se corresponden ni con las funciones estatales normales ni con las funciones que un Estado por sí solo puede ejercer. La comisión de actos de tortura, por ejemplo, no es una función normal del Estado: se trata de un crimen internacional que comete un funcionario del Estado. No obstante, ello no quiere decir que el acto no sea atribuible al Estado a los efectos de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que afirmar que un crimen internacional no puede ser considerado como acto realizado a título oficial podría producir el efecto perverso y no deseado de permitir una interpretación en el sentido de entender que los crímenes internacionales no son actos atribuibles al Estado, sino solamente a su autor.

9. Con relación al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, el orador concuerda con la Relatora Especial en que no es controvertido y en que la inmunidad *ratione materiae* es aplicable en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo. Con respecto al proyecto de artículo 6, en el que se describe el alcance temporal de la inmunidad *ratione materiae*, el orador considera que el párrafo 3, relativo a la aplicación de dicha inmunidad a los antiguos integrantes de la denominada troika, es una disposición importante que no solo se debe recoger en el comentario. No obstante, tal vez su ubicación podría ser más pertinente en el proyecto de artículo 5, relativo a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*.

10. El orador apoya plenamente el plan de trabajo futuro, que abarca las limitaciones y excepciones a la inmunidad y los aspectos de procedimiento, pero sugiere incluir ciertas salvaguardias para evitar procesos penales políticamente motivados.

11. Por último, recordando el argumento del Sr. Hmoud de que la justificación de la inmunidad *ratione materiae* es similar a la justificación de la inmunidad de los funcionarios consulares, que, según se ha reconocido, se aplica en beneficio del Estado y con miras a un ejercicio efectivo de las funciones, el orador señala que en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, se hacía referencia, no obstante, al principio de la igualdad soberana de los Estados.

12. El Sr. HMOUD dice que su intención era poner de manifiesto que cualquier prueba relativa al momento en que la inmunidad *ratione materiae* debe entrar en juego habría de basarse en la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo de las funciones del Estado.

<sup>301</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 55.

13. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que el informe se ocupa de analizar los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, tanto temporales como sustantivos, y propone conclusiones y proyectos de artículo apropiados. Se centra en las características del acto realizado a título oficial como cuestión fundamental al abordar la inmunidad *ratione materiae* y como expresión firmemente arraigada para designar determinados actos. La Relatora Especial no se ha desviado ni de la labor realizada anteriormente por la Comisión sobre el proyecto de artículo 4, párrafo 2, ni del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ni de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

14. Se pueden adoptar muchos enfoques en relación con un tema tan complejo como este, pero la Relatora Especial ha tratado de no rebasar el ámbito de competencia, esto es, centrarse en la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad de jurisdicción extranjera. Entra en juego la importancia de tener en cuenta los delitos más graves y, por tanto, la complementariedad y coherencia con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En un contexto tan específico, no es necesario ahondar en las diferencias entre la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione personae* o entre la jurisdicción penal y la jurisdicción civil, ni elaborar listas exhaustivas de los actos realizados a título oficial, con todas las dificultades y divergencias en la legislación nacional e internacional que ello pondría de manifiesto.

15. El futuro programa de trabajo propuesto hace hincapié en la importancia de abordar las limitaciones y excepciones a la inmunidad, un tema muy complejo e interesante. El orador espera con interés el examen del tema y se muestra a favor de remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

16. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO felicita a la Relatora Especial por su cuarto informe, que hace avanzar en la dirección correcta el objetivo que persigue la Comisión al examinar el tema. La Relatora Especial ha decidido analizar la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* en forma separada, un enfoque que hace que resulte importante determinar cuáles son los criterios para calificar un acto realizado a título oficial. Aun cuando el orador entiende los motivos que le llevan a privilegiar ese enfoque, esa cuestión también podría abordarse desde un punto de vista metodológico que tomara como base las reglas de atribución de actos imputables al Estado. Ese enfoque conlleva determinar el umbral de gravedad del presunto delito y, a partir de ahí, estudiar si da lugar a reconocer la inmunidad de jurisdicción y sus posibles excepciones. Ello también serviría para zanjar la cuestión planteada sobre las diferencias existentes entre los actos del Estado y sus agentes y los actos de personas privadas que actúan a título oficial.

17. Además de la práctica de diversos tribunales a que se hace referencia en el párrafo 35 del informe, la Relatora Especial tal vez podría examinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en relación con las normas de atribución, lo que serviría para contar con un enfoque regional más amplio del

proyecto. En ese mismo tenor, el orador sugeriría examinar el caso de arbitraje relativo a *Francisco Mallén (Estados Unidos Mexicanos) c. Estados Unidos de América*, en el que se aborda precisamente la diferencia entre el acto realizado a título privado y el acto realizado a título oficial.

18. Cuando la Relatora Especial plantea abordar, en su quinto informe, la cuestión de las limitaciones y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el enfoque principal no debería ser dilucidar sobre la naturaleza —ya sea penal, civil o administrativa— de los delitos que puedan ser cometidos cuando un funcionario actúa a título oficial, sino saber si la gravedad del delito, en virtud del derecho del Estado del foro o del derecho internacional, puede dar lugar a excepciones a la regla general de la inmunidad de jurisdicción.

19. El orador coincide plenamente con el planteamiento propuesto por la Relatora Especial en el párrafo 124 del informe sobre la inmunidad con respecto a los crímenes internacionales. Sobra decir que, por sentido común, el Estado nunca tendrá entre sus funciones la comisión de crímenes, menos aún de crímenes graves de conformidad con el derecho internacional. Por ello, si se parte de la hipótesis de que existen límites a la inmunidad de jurisdicción, especialmente frente a la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional cuya prohibición constituye normas de *ius cogens*, la inmunidad no es otra cosa que un recurso procesal para la protección de las funciones del Estado que envía a su funcionario a desempeñar actos a título oficial. En otras palabras, como han repetido varios oradores, inmunidad no significa impunidad.

**Aplicación provisional de los tratados (continuación\*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)**

[Tema 6 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación\*)

20. El Sr. KITTICHAISAREE agradece al Relator Especial su tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/687), que ofrece información valiosa sobre el tema y una base útil para el debate.

21. En relación con el párrafo 10 del informe, el orador dice que, aunque está de acuerdo con el Relator Especial en que el resultado final del trabajo de la Comisión sobre este tema no debería estar condicionado por lo que disponga el derecho interno de los Estados, es importante tener presente que la aplicación provisional de un tratado dependerá en parte de las disposiciones de la legislación nacional y de las circunstancias concretas de cada Estado. Por consiguiente, el orador habría agradecido que en el capítulo I del tercer informe se hiciera un análisis más detallado de las opiniones expresadas por los Estados.

22. Con respecto a la agrupación de la práctica de los Estados establecida en el párrafo 25, el orador desea saber si todos los Estados de la categoría *f*, a saber, aquellos

\* Reanudación de los trabajos de la 3270ª sesión.

en los que la aplicación provisional está permitida pero sujeta a ciertas condiciones, podrían pertenecer también a la categoría *a*, es decir, Estados en los que existen disposiciones específicas de derecho interno o constitucional respecto de la aplicación provisional, como los Países Bajos. De no ser así, desearía saber cómo se rige la aplicación provisional en esos Estados. También sería conveniente que el Relator Especial esclareciera la pertinencia de las distintas categorías, en particular en lo que respecta a su relación con los proyectos de directriz propuestos en el capítulo IV.

23. El orador desearía que se aclarase la conclusión del Relator Especial que figura en el párrafo 5, según la cual un Estado puede comprometerse a respetar las disposiciones de un tratado por medio de una declaración unilateral, incluso sin haber obtenido el consentimiento de los Estados llamados a ser partes en el tratado y sin que haya una disposición específica al respecto en dicho tratado. El ejemplo citado en el párrafo 120, a saber, la declaración unilateral presentada por la República Árabe Siria de aplicación provisional de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción, no explica plenamente la noción de utilización de declaraciones unilaterales para la aplicación provisional de los tratados prevista en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

24. En lo que respecta a las afirmaciones que hace el Relator Especial en los párrafos 35 y 36 del informe en el sentido de que la aplicación provisional no equivale al consentimiento en quedar obligado por un tratado y que, de manera previa a la expresión del consentimiento, el instrumento es solo un texto que da fe de lo que los Estados negociaron, igualmente podría argumentarse que, a través de la aplicación provisional de un tratado, el instrumento se convirtió en más que un texto negociado y que el Estado ya estaba dando su consentimiento en obligarse por el tratado, con sujeción a los procedimientos internos pertinentes. En otras palabras, la aplicación provisional podría interpretarse como una modalidad excepcional utilizada para expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado.

25. El orador coincide con los miembros que opinan que la afirmación que se hace en el párrafo 122 de que el artículo 25 de las reglas de la Convención de Viena de 1986 reflejan normas de derecho consuetudinario no se ha fundamentado suficientemente. Es preciso realizar un análisis más detallado. Como ha señalado el Sr. McRae, la aplicación provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1947, no es un ejemplo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

26. En cuanto al proyecto de directrices, el orador dice que está de acuerdo con el Sr. Forteau en que, en aras de la coherencia y la claridad, convendría examinar atentamente la formulación empleada en los proyectos de conclusión 6 y 7 del tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados<sup>302</sup>, y considerar la posibilidad de formular conclusiones en lugar de directrices en relación con

el presente tema. Los motivos subyacentes y las elecciones hechas en el proyecto de directrices no siempre están claras. Un futuro comentario podría resolver algunos de esos problemas, como también podría hacerlo una introducción más detallada en futuros informes de cualquier proyecto de directrices o conclusiones.

27. Con respecto al proyecto de directriz 1, el orador se pregunta si, a la luz del amplio debate mantenido sobre el asunto, el Relator Especial se propone incluir una referencia a las declaraciones unilaterales de los Estados, que no parecen estar comprendidas en el tema por el momento. En tal caso, ¿dónde prevé incorporar esa referencia? También desearía saber por qué motivo el proyecto de directriz 1 concede tanta importancia al derecho interno de los Estados, habida cuenta de la afirmación hecha por el Relator Especial en el párrafo 10 del informe de que el resultado final del trabajo no debe estar condicionado por lo que disponga el derecho interno.

28. Aunque el orador acoge con beneplácito la inclusión del proyecto de directriz 2 y su referencia a la aplicación provisional de partes de un tratado, su redacción le parece confusa cuando se lee junto con el proyecto de directriz 1. El alcance de las palabras «podrá derivarse de los términos del tratado», empleadas en el proyecto de directriz 2, parece más amplio que el de la expresión «cuando así lo disponga el tratado», que se utiliza en el proyecto de directriz 1 y reproduce literalmente la formulación del artículo 25, párrafo 1 *a*, de la Convención de Viena de 1969. Para evitar confusión, el Relator Especial debería ceñirse al texto del artículo 25, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena de 1969, a saber: «si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo».

29. Como ya han señalado otros oradores, el proyecto de directriz 4 no indica qué tipo de efectos jurídicos tiene la aplicación provisional de un tratado. Una cuestión tan importante como esa no debe dejarse para el comentario; la propia directriz debe estar respaldada por la práctica de los Estados y/o las organizaciones internacionales, así como por la jurisprudencia.

30. Como han señalado otros oradores, el tercer informe no es claro con respecto a los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional. El Relator Especial debería aclarar si existen diferencias entre las obligaciones jurídicas derivadas de la aplicación provisional de un tratado y el consentimiento expreso en quedar obligado por el tratado, y, de ser así, explicar cuáles son. También convendría que abordara la cuestión de si el proceso de terminación de ambos regímenes es idéntico. En algunas circunstancias, las obligaciones jurídicas derivadas de la aplicación provisional de un tratado pueden continuar incluso después de la entrada en vigor del tratado en cuestión. Por lo tanto, la afirmación que se hace en el proyecto de directriz 5 de que esas obligaciones persisten hasta tanto el tratado entre en vigor debería explicarse con más detalle en el comentario.

31. Con respecto al proyecto de directriz 6, dado que no todos los incumplimientos de una obligación internacional generan necesariamente la responsabilidad internacional de un Estado o una organización internacional, la redacción del texto debería modificarse. El orador

<sup>302</sup> *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 122.

señala que, puesto que el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad del Estado son regímenes separados que difieren en cuanto a su alcance, el proyecto de directriz debería tratarlos en consecuencia.

32. En cuanto a la labor futura sobre el tema, el orador alienta al Relator Especial a que analice la práctica de las organizaciones regionales pertinentes. Además, convendría aclarar el modo en que las reservas en aplicación de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 tratan la aplicación provisional. La realización de un estudio sobre los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional de los tratados que otorga derechos a las personas también sería una aportación valiosa. No obstante, el orador desaconseja la elaboración de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados, habida cuenta de las dificultades que pueden plantear las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos nacionales.

33. Propone que se modifique el proyecto de directrices antes de ser remitido al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria.

34. El Sr. NOLTE dice que, si la Comisión considera que la aplicación provisional de un tratado es jurídicamente vinculante, debe expresar su postura de manera muy clara. Al fin y al cabo, la expresión «aplicación provisional» puede interpretarse en el sentido de que el tratado solo debe aplicarse *de facto* y provisionalmente antes de que produzca efectos jurídicos. Por consiguiente, el orador propone que el proyecto de directriz 4 se reformule para que diga lo siguiente: «El acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado hace que este sea jurídicamente vinculante». Tal formulación serviría para alentar a los Estados a no eludir los procedimientos internos al acordar la aplicación provisional.

35. Los Estados han de ser muy cautos respecto de la aplicación de un tratado si existe el riesgo de que la asunción de una obligación jurídica sea contraria a sus propios procedimientos internos o a otras normas. Esos procedimientos, y el derecho interno de manera más general, conforman el contexto mismo de los acuerdos sobre la aplicación provisional, pero ello no significa que desplieguen efectos en las obligaciones internacionales derivadas de esos acuerdos. No obstante, es importante que al interpretar los acuerdos internacionales se tenga en cuenta el contexto en que surgieron.

36. Así sucede en particular cuando los acuerdos sobre la aplicación provisional de un tratado contienen una referencia explícita al derecho interno, como ocurre con el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, que establece que el instrumento se aplicará de manera provisional siempre y cuando no esté en contradicción con las leyes o reglamentos nacionales. En otras palabras, la obligación creada por la aplicación provisional no va más allá de lo que permite el derecho interno de las partes en el Tratado. Ello es perfectamente compatible con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

37. El orador no entiende por qué el Tribunal del caso *Yukos c. la Federación de Rusia* y el Relator Especial, en el párrafo 66 de su tercer informe, consideran que un

tratado no debe admitir que el derecho interno determine el contenido de una obligación jurídica internacional, a menos que el lenguaje del tratado sea claro y no admita una interpretación en contrario. Aparte de que el lenguaje del artículo 45, párrafo 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía no puede estar más claro, el orador no tiene conocimiento de ninguna norma que disponga que, para hacer una determinada interpretación, esta tenga que ser inequívoca. Por consiguiente, sugiere suprimir la última cláusula del proyecto de directriz 1 y añadir una segunda oración que diga: «El acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado puede limitar el alcance de la aplicación provisional, en particular haciendo referencia al derecho interno total o parcialmente». Coincide con los oradores anteriores en que el Relator Especial no debería analizar el derecho interno de los Estados en relación con la aplicación provisional de los tratados.

38. Los proyectos de directriz 2 y 3 deberían reformularse para reflejar que «los términos del tratado» solo son uno de los diversos medios de interpretación. Las directrices deberían mencionar diferentes formas de acuerdo o diferentes medios de interpretación; no deberían mezclar ambas cosas. En términos más generales, el orador preferiría que el resultado de la labor adoptara la forma de conclusiones, más que de directrices, ya que la tarea que les ocupa se limita a extraer conclusiones, a los efectos de la interpretación, de material y fuentes diversos.

39. El Sr. CAFLISCH dice que conviene preguntarse si la Comisión puede y debe ir más allá de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Aunque el artículo parece abarcar los casos en que los Estados negociadores acuerdan explícitamente la aplicación provisional de un tratado en un determinado Estado, no está claro cómo se debe interpretar una situación en la que dicho acuerdo no es explícito. ¿Cabe suponer que existe un acuerdo tácito, que queda englobado en el ámbito de aplicación del artículo 25, o constituye el acuerdo un compromiso unilateral que, en caso de incumplirse, no daría lugar a una vulneración del artículo 25 por el Estado de que se trate? Dado que la Comisión tenía el propósito de aclarar el alcance del artículo 25 y facilitar su aplicación, sería preferible atenerse a dicho objetivo.

40. Habría sido útil que el capítulo II del informe del Relator Especial hubiera abordado la relación de la aplicación provisional con el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y los textos sobre la terminación o la nulidad de los tratados. El artículo 46 de la Convención resulta de especial interés en los casos en que un Estado acuerda la aplicación provisional sin tener en cuenta su derecho interno, incluida su Constitución. A ese respecto, convendría tener una idea general de la interacción entre los acuerdos para la aplicación provisional y el derecho interno de los Estados, en especial las constituciones, y examinar la aplicación del artículo 46 a los problemas relacionados con la validez de esos acuerdos.

41. A excepción del proyecto de directriz 4, que debería suprimirse o reformularse de conformidad con la propuesta del Sr. Šturma, el orador está de acuerdo con que se remitan las directrices al Comité de Redacción. Por último, agradecería recibir más información sobre el contenido propuesto para el cuarto informe del Relator Especial.

42. El Sr. PETRIČ dice que el cometido de la Comisión es explicar en qué consiste la aplicación provisional, establecer un marco para ella en el derecho internacional y aclarar sus efectos jurídicos y su relación con las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La tarea es tanto más importante en la medida en que los acuerdos para la aplicación provisional se utilizan cada vez más para que los tratados produzcan efectos lo antes posible.

43. Al mismo tiempo, hay que lograr un equilibrio entre la necesidad práctica de la aplicación provisional y el control democrático sobre la celebración de tratados, motivo del lapso entre la firma y la ratificación en los Estados que se rigen por el estado de derecho. La aplicación provisional es una excepción a la regla según la cual los tratados que se han negociado y firmado no entran en vigor hasta que todos los procedimientos exigidos por la Constitución del Estado se cumplen.

44. Si bien los Estados pueden aceptar la aplicación provisional, regularla e incluso prohibirla, el orador coincide con el Relator Especial en que, una vez que un tratado se aplica provisionalmente, el derecho interno no puede hacerse valer como justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional. Siempre que el derecho interno de un Estado no los prohíba, los acuerdos para la aplicación provisional pasan claramente a considerarse derecho internacional y deben cumplirse de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*. Aunque el derecho interno del Estado prohíba tales acuerdos, el Estado que acuerde la aplicación provisional no podrá después oponerse a su validez invocando el derecho interno, independientemente de si las personas que celebraron el acuerdo en nombre del Estado lo hicieron *ultra vires*. Por tanto, no es urgente analizar la legislación nacional en relación con la aplicación provisional, y tampoco es preciso mencionar el derecho interno en el proyecto de directriz 1, ya que puede confundir más que servir para aclarar. El Relator Especial debería concentrarse en la investigación de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales.

45. El orador apoya la intención del Relator Especial de analizar la relación existente entre la aplicación provisional y los artículos 11, 18, 24, 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, así como el futuro plan de trabajo, establecido en el párrafo 137 de su tercer informe. Algunas de las cuestiones seleccionadas para ser analizadas, como el problema de las reservas y las declaraciones interpretativas en el contexto de la aplicación provisional, o la aplicación provisional en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados, en particular tratados multilaterales y cerrados, pueden resultar muy complejas.

46. Con respecto a la terminación de la aplicación provisional mediante la notificación de la intención de no ser parte en un tratado, el orador señala que los signatarios de un tratado que lo aplican provisionalmente están obligados por el principio de buena fe a no socavar la futura entrada en vigor del tratado. En caso de que uno de ellos notificara su intención de no ser parte en ese tratado, ¿se podría decir que se sigue actuando de conformidad con ese principio? Una declaración general en el sentido de que la aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos no es suficiente. La Comisión debe ir más lejos

y aclarar qué tipo de efectos jurídicos podrían producirse en diferentes situaciones.

47. Las importantes diferencias entre los tratados bilaterales y multilaterales entre los Estados y los tratados celebrados por organizaciones internacionales entre ellas o con Estados pueden plantear dificultades para recoger ambas situaciones en un solo conjunto de directrices, como pone de manifiesto la dudosa inclusión en el proyecto de directriz 2 de una referencia a las resoluciones de las conferencias internacionales. La Comisión debe concentrarse en la aplicación provisional prevista en la Convención de Viena de 1969 antes de examinarla en el contexto de los tratados celebrados con o por organizaciones internacionales. Una vez que se aclare el alcance de las diferencias entre ambas situaciones, se podrá decidir cuál es la mejor manera de formular las directrices correspondientes. También surge la pregunta de si un acuerdo celebrado entre los Estados signatarios de un tratado para establecer un órgano o adoptar otras medidas para aplicar provisionalmente ese tratado, como la creación de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, puede considerarse un ejemplo de aplicación provisional de un tratado. En ese caso concreto, la aplicación provisional del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares parece ir mucho más allá de su función meramente preparatoria.

48. Con respecto al proyecto de directrices, el orador expresa su apoyo a la mayoría de las propuestas formuladas por el Sr. Murphy. El proyecto de directriz 4, tal como está redactado, carece de contenido significativo y resulta de poca utilidad. Aunque no se opondrá a la remisión de los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción, el orador preferiría que las observaciones formuladas por la Comisión en el período de sesiones en curso se reflejaran en un conjunto revisado de proyectos de directriz que se examinara en el próximo período de sesiones. Por último, el orador felicita al Relator Especial por la excelente labor llevada a cabo hasta la fecha.

49. Sir Michael WOOD dice que el tema de la aplicación provisional de los tratados es un campo en que la Comisión puede desempeñar un papel útil en relación con la explicación y aclaración de la legislación, lo que dota al tema de gran importancia práctica. El orador no considera que el cometido de la Comisión sea recordar a los Estados el deber de cumplir sus constituciones. También desea subrayar, en respuesta a las observaciones del Sr. Petrič, que la ratificación de un tratado no tiene que estar necesariamente sujeta al control parlamentario.

50. Los proyectos de directriz que figuran en el tercer informe del Relator Especial están respaldados por la investigación, el material y los análisis, y el orador está de acuerdo con ellos en términos generales; no obstante, algunos podrían expresarse con más claridad, como el proyecto de directriz 4. La Comisión debe partir de que, a reserva de las disposiciones concretas del tratado, los derechos y las obligaciones del Estado que ha acordado aplicar provisionalmente ese tratado o partes de él serán, mientras el tratado se aplique provisionalmente, los mismos que si el tratado hubiera entrado en vigor. El orador expresó su desacuerdo con algunas opiniones del Sr. Nolte en ese sentido, incluso acerca de si se trata simplemente de una cuestión de interpretación.

51. Al acordar la aplicación provisional, el Estado asume obligaciones que son vinculantes en virtud del derecho internacional; no obstante, no es necesariamente cierto que deba seguir estudiándose la posible relación entre la aplicación provisional y otras normas de derecho de los tratados. Otras normas de ese tipo podrían ser pertinentes, pero la Comisión debería centrarse en determinar las diferencias entre los tratados cuando se aplican provisionalmente y cuando entran en vigor para un determinado Estado.

52. El proyecto de directriz 1 debería ajustarse al artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y la oración que comienza por «en la medida en que» tal vez podría suprimirse. El tema debería abordar únicamente la aplicación provisional como cuestión de derecho internacional, no los efectos que puede tener la aplicación provisional en el derecho interno. Ni el derecho interno ni las reglas de las organizaciones internacionales deberían mencionarse en el proyecto de directriz 1. El proyecto de directriz 2 es innecesariamente complicado y debería omitirse o simplificarse. Poco importa la forma que revista el acuerdo para la aplicación provisional o de dónde derive. El proyecto de directriz 3 también podría simplificarse, y el texto mejoraría si se reemplaza la expresión «en atención a» por «de conformidad con». El orador espera que, en el contexto del proyecto de directriz 4, el Comité de Redacción incluya la idea que acaba de exponer sobre los derechos y las obligaciones de los Estados. Con respecto al proyecto de directriz 5, el orador recuerda la opinión que expresó anteriormente de que no existe fundamento para afirmar que la aplicación provisional no puede revocarse arbitrariamente. La esencia de la aplicación provisional es que puede terminarse con relativa facilidad en muchos casos. El orador está de acuerdo con el contenido sustantivo del proyecto de directriz 6; no obstante, del proyecto de directriz 4 se desprendería naturalmente, si se redactara con claridad, que la vulneración de un tratado aplicado provisionalmente da lugar a que el Estado que incumple el tratado incurra en responsabilidad.

53. En su labor futura, la Comisión debería considerar la posibilidad de elaborar cláusulas modelo que prevean la aplicación provisional de los tratados, lo que tendría importancia práctica para los Estados y las organizaciones internacionales, y contribuiría a que la Comisión lograra el objetivo de proporcionar orientación. También podría evitar los problemas prácticos y las deficiencias señalados por el Relator Especial en su estudio sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. Por último, el orador expresa su buena disposición a que la Comisión remita los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción.

**La cláusula de la nación más favorecida (conclusión\*)**  
(A/CN.4/678, cap. II, secc. H, A/CN.4/L.852)

[Tema 5 del programa]

INFORME FINAL DEL GRUPO DE ESTUDIO (conclusión\*)

54. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del tema «La cláusula de la nación más favorecida» y señala a la atención el informe final del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.852).

55. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Estudio) dice que el informe final que tiene ante sí la Comisión incorpora las observaciones orales y escritas formuladas por sus miembros y aparecerá en forma de anexo del informe anual de la Comisión. El Grupo de Estudio espera que la Comisión apruebe como propio el resumen de las conclusiones que figura en la quinta parte del informe final. En las conclusiones se indica que las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978<sup>303</sup>. Las disposiciones fundamentales de ese proyecto de artículos siguen constituyendo la base para la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF, aunque no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir. Las conclusiones subrayan la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión.

56. La cuestión interpretativa fundamental con respecto a las cláusulas NMF guarda relación con la aplicación del principio *eiusdem generis*: el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una disposición NMF dependen de la interpretación de la propia disposición NMF. Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de controversias. La redacción explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias; de otro modo, corresponderá a los tribunales que se encargan de la solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso. Las técnicas de interpretación analizadas en el informe final del Grupo de Estudio están concebidas para asistir en ese proceso. El Grupo de Estudio recomienda a la Comisión que señale el informe final a la atención de la Asamblea General y aliente a que se le dé una difusión lo más amplia posible. Por último, el orador agradece a todos los miembros del Grupo de Estudio sus contribuciones.

57. El PRESIDENTE dice que entiende que la Comisión desea acoger con beneplácito el informe final sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Estudio; aprobar como propio el resumen de las conclusiones que figura en la quinta parte de dicho informe; señalar el informe final a la atención de la Asamblea General; y alentar a que se le dé una difusión lo más amplia posible.

*Así queda acordado.*

58. El PRESIDENTE dice que también entiende que la Comisión acuerda aprobar la resolución que figura a continuación, en reconocimiento a la labor del Grupo de Estudio y su Presidente:

*La Comisión de Derecho Internacional,*

*Habiendo acogido con beneplácito el informe del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida,*

\* Reanudación de los trabajos de la 3264ª sesión.

<sup>303</sup> *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 y ss., párr. 74.

*Expresa* al Grupo de Estudio y a su Presidente, el Sr. Donald M. McRae, su profundo agradecimiento y calurosa felicitación por la notable contribución realizada en la preparación del informe sobre la cláusula de la nación más favorecida y por los resultados alcanzados por el Grupo de Estudio,

*Recuerda* con agradecimiento la contribución del Sr. A. Rohan Perera, que fue Copresidente del Grupo de Estudio entre 2009 y 2011, así como la del Sr. Mathias Forteau, que desempeñó las funciones de Presidente en ausencia del Sr. McRae durante los períodos de sesiones de 2013 y 2014.

*La resolución queda aprobada por aclamación.*

59. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha concluido el examen del tema «La cláusula de la nación más favorecida».

*Se levanta la sesión a las 17.35 horas.*

## 3278ª SESIÓN

*Viernes 24 de julio de 2015, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Narinder SINGH

*Miembros presentes:* Sr. Caflisch, Sr. Candiotti, Sr. El-Murtadí Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

### **Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)**

[Tema 3 del programa]

#### CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (conclusión)

1. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial), resumiendo el debate, agradece a los miembros de la Comisión el interés que han manifestado por su cuarto informe (A/CN.4/686), así como el análisis riguroso y minucioso de su contenido. Un amplio número de miembros han apoyado el método empleado en el cuarto informe, que es paralelo al empleado en el tercer informe. Sin embargo, varios miembros han formulado observaciones críticas sobre algunos aspectos metodológicos del cuarto informe que, en ocasiones, van más allá de lo meramente metodológico. Las observaciones formuladas se refieren fundamentalmente al análisis de la jurisprudencia en el informe, la referencia a la legislación nacional y el recurso a los comentarios y declaraciones de los Estados.

2. Un amplio número de miembros de la Comisión han considerado valioso el tratamiento dado a la jurisprudencia internacional y nacional; sin embargo, algún miembro ha expresado sus dudas sobre si el citado análisis jurisprudencial es relevante o útil a los fines del presente informe. El carácter no homogéneo y no coherente de la jurisprudencia de los tribunales nacionales se ha citado como uno de los motivos de esas dudas; a eso se ha añadido que, precisamente por este carácter no uniforme, la citada jurisprudencia no puede ser tomada en consideración para proceder a la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario referida a la inmunidad penal extranjera. En opinión de un miembro, no podemos atribuir la misma importancia a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que a las decisiones de los tribunales internacionales, cuya jurisprudencia si es, a juicio de ese miembro, coherente y uniforme en sus fallos. Algún miembro ha expresado la opinión de que la forma en que se trata la jurisprudencia en el informe no es útil, ya que se citan las decisiones judiciales sin un tratamiento específico de cada caso; en su opinión, sería útil proporcionar más información sobre el contexto de los casos en cuestión y las sentencias dictadas.

3. Partiendo de la base de que la mayoría de los miembros de la Comisión han expresado su parecer sobre la utilidad del análisis de la jurisprudencia en sus trabajos, la Relatora Especial desea reiterar que, a su juicio, la práctica de los tribunales internos reviste una especial importancia, ya que no parece posible identificar el elemento material de la inmunidad *ratione materiae* sin averiguar previamente lo que los tribunales nacionales han considerado como actos que quedan cubiertos, o no, por dicha inmunidad. Por otro lado, la falta de homogeneidad de la jurisprudencia nacional no constituye un elemento relevante para concluir que su análisis no es útil a los efectos de su trabajo. Por el contrario, conocer cuál es la situación actual en relación con la jurisprudencia nacional es esencial para identificar los problemas a los que se debe dar respuesta; de lo contrario, el trabajo de la Comisión corre el riesgo de basarse únicamente en concepciones teóricas o en prejuicios. Por otro lado, la identificación de la falta de uniformidad de la jurisprudencia nacional es, en sí misma, un elemento que la Comisión debe tomar en consideración y valorar en sus trabajos.

4. La oradora no puede compartir la afirmación hecha por algún miembro de que la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es plenamente homogénea y coherente. Aunque es cierto que cabe apreciar una mayor coherencia a nivel internacional que a nivel nacional, no cree que se pueda afirmar que la misma es plenamente homogénea, en especial si se valoran también los matices y aproximaciones muy específicas al tema que se recogen en alguna de las decisiones internacionales. En todo caso, aunque aprecia sinceramente el comentario realizado por un miembro sobre el distinto valor que se debe atribuir a la jurisprudencia internacional y a la jurisprudencia nacional, no comparte su percepción de que sea preciso establecer una cierta jerarquía entre ambas categorías de jurisprudencia. Si bien la oradora entiende perfectamente la importancia que debe concederse a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órganos judiciales