empleada por la Relatora Especial sobre la cuestión de las excepciones: si bien señala que la obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional solo es vinculante para los Estados partes en el Estatuto de Roma porque no se trata de derecho internacional consuetudinario como tal, lo mismo cabría decir del crimen de agresión con arreglo al Estatuto de Roma.

44. La conclusión implícita que la Relatora Especial ha extraído con respecto a la voluntad del Consejo de Seguridad de trasladar la situación en el Sudán a la Corte Penal Internacional carecería de sentido si no comprendiera todas las competencias de la Corte, en particular la obligación de cooperar con la Corte en la entrega del acusado o presunto autor. Por lo tanto, sugiere que la Comisión considere la posibilidad de incluir una cláusula «sin perjuicio» sobre el desarrollo del derecho penal internacional con respecto al crimen de agresión.

45. El Sr. MURPHY dice que una de las preocupaciones que se debatieron en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el contexto del enjuiciamiento a escala nacional de los autores de actos de agresión fue la posibilidad de que, siempre que se produzca un conflicto armado entre dos Estados, cada Estado piense que el agresor es el otro, considere fidedignas las fuentes que avalan su posición y pueda iniciar actuaciones penales en sus propios tribunales contra los dirigentes del otro Estado, en particular si existe un estatuto que prevea esas medidas. Se señaló que esa situación podía no ser propicia para lograr una salida negociada al conflicto armado. En gran medida, ese fue el razonamiento en que se basó el quinto entendimiento sobre las Enmiendas al Estatuto de Roma alcanzado en Kampala, en el que se dispone que «[s]e entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado»[471].

46. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO dice que la interesante cuestión planteada por el Sr. Kittichaisaree y las observaciones formuladas al respecto por varios miembros de la Comisión plantean el tema de si se reconoce que el Consejo de Seguridad tiene el monopolio para determinar si se ha producido un crimen de agresión, y si cabe considerar que esa competencia tiene prioridad sobre el derecho de los tribunales nacionales. Aunque es probable que las Enmiendas de Kampala entren en vigor en un futuro próximo, distarán de ser aplicables a escala universal, por lo que sería conveniente incluir el crimen de agresión en el proyecto de artículo 7.

47. El Sr. KITTICHAISAREE, en respuesta a las observaciones formuladas por el Sr. Saboia y el Sr. Murphy, dice que, en realidad, no ha señalado que los argumentos que ha planteado en relación con el artículo 98, párrafo 1, del Estatuto de Roma sean correctos; más bien quiso decir que, en lugar de limitarse a hacer referencia a la afirmación de que el Consejo de Seguridad había retirado tácitamente la inmunidad en la causa *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, la Relatora Especial debería haber examinado también los argumentos contrarios y rebatirlos. El orador ha tomado buena nota de la cuestión planteada por el Sr. Murphy; sin embargo, lo que dijo con respecto al enjuiciamiento en los tribunales nacionales de los autores de crímenes de agresión también podría aplicarse a otros delitos, como el crimen de genocidio, o las acusaciones de tortura de los propios ciudadanos de un Estado. En algún momento, el proyecto de artículos elaborado por la Relatora Especial podría convertirse en una convención o adoptar otra forma permanente y tal vez, para entonces, la práctica de enjuiciar a las personas acusadas de un crimen de agresión sobre la base de pruebas fidedignas haya sido aceptada por la comunidad internacional de Estados.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

3330ª SESIÓN

Jueves 28 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, 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. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, 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.4/689, cap. II, secc. F, A/CN.4/701)

[Tema 3 del programa]

QUINTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701).

2. El Sr. SABOIA felicita a la Relatora Especial por su quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Se trata de un documento basado en una amplia investigación y una ponderada reflexión, y que constituye en sí mismo una valiosa contribución al conocimiento de ese tema tan complejo en el ámbito del derecho internacional contemporáneo. Sigue una metodología y una coherencia fijada en los informes anteriores, incluidos los trabajos realizados por el anterior Relator Especial para el tema, el Sr. Kolodkin[472]. El orador también señala que la

---

[471] *Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, publicación de la Corte Penal Internacional RC/9/11, resolución 6 «El crimen de agresión» (RC/Res.6), anexo III, pág. 24.

[472] Informes del Sr. Kolodkin: *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer

Relatora Especial no ha dejado de considerar y analizar argumentos, críticas y opiniones, así como jurisprudencia, que hayan divergido de su punto de vista principal, lo que es un testimonio de su imparcialidad y objetividad. En 2012, con ocasión de la presentación del informe preliminar, la Relatora Especial definió la finalidad de su trabajo como sigue: construir sólidamente un sistema de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que se inserte sin distorsiones en el derecho internacional contemporáneo, garantizando que la citada inmunidad no entrará en colisión innecesaria con otros principios y valores de la comunidad internacional igualmente incorporados en la actualidad al derecho internacional. Esa sólida base permite abordar con más seguridad el delicado tema del presente informe, o sea, los límites o excepciones a tal tipo de inmunidad, aunque eso no dispense un análisis de todos los aspectos jurídicos y de otra naturaleza relevantes para la materia. Además, como afirmó acertadamente el Sr. Murase en su intervención, el enfoque en el carácter normativo de los elementos estudiados, así como el tratamiento del derecho internacional desde un punto de vista sistémico, es muy importante para la coherencia y equilibrio entre los principios y valores que sostienen las dos caras de la moneda que estudiamos: por un lado, la inmunidad de jurisdicción, y por el otro, los derechos soberanos del Estado de ejercer su jurisdicción cuando no se aplique la inmunidad, los valores consagrados por la comunidad internacional en su conjunto y la necesidad de evitar que el recurso a la inmunidad no suscite la impunidad ni contraríe los progresos alcanzados en el ámbito del derecho penal internacional en las últimas décadas.

3. El quinto informe contiene casi 64.000 palabras y 346 notas a pie de página que se refieren a numerosos instrumentos internacionales, casos de la jurisprudencia nacional e internacional, legislación de Estados, resoluciones de organizaciones internacionales y obras de doctrina. El orador no hará una consideración detallada del mismo y se limitará a resaltar algunos aspectos que considera de singular importancia. Está de acuerdo, de manera general, con el pensamiento y la dirección contenidos en el informe. Asimismo, manifiesta su acuerdo con el contenido del proyecto de artículo 7, titulado «Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica», y con su envío, a su debido tiempo, al Comité de Redacción.

4. En la sección B del capítulo I del quinto informe, la Relatora Especial considera el tratamiento previo por la Comisión del tema de los límites y excepciones a la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El resumen que hace en el párrafo 19 de los debates y opiniones expresadas hasta ahora por la Comisión, tanto en sesión plenaria como en el Comité de Redacción, es correcto, imparcial y objetivo. En el párrafo 20, la Relatora Especial hace lo mismo en relación con las opiniones emitidas por los representantes de los Estados sobre el tema en los debates en la Sexta Comisión y en comunicaciones escritas. Aunque no ha participado en los debates de la Sexta Comisión, el orador no duda de que los resúmenes reflejan tales opiniones, y por lo tanto permiten concluir que hay un expresivo número de Estados de distintas regiones favorables a la consideración de las excepciones a la citada inmunidad de jurisdicción, en particular con énfasis en su modalidad *ratione materiae*, en especial en el caso de crímenes internacionales.

5. El capítulo II se dedica al estudio de la práctica. Inicialmente se examina la práctica convencional. Los párrafos 26 a 31 del informe ponen de relieve algunos aspectos interesantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. Aunque se señala que en principio es menos relevante para los efectos directos del tema examinado, el informe todavía destaca algunos aspectos particulares de interés. El primero consiste en el reconocimiento por el artículo 12 de ese instrumento, titulado «Lesiones a las personas y daños a los bienes», de la llamada «excepción territorial». En esa disposición se prohíbe la invocación de la inmunidad de jurisdicción para impedir el ejercicio de la jurisdicción de un tribunal competente respecto de una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte de una persona o de daño o pérdida de bienes tangibles. El segundo es que la citada norma tiene antecedentes en otras convenciones, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados. Parece ser, de ese modo, suficientemente amplia la práctica convencional en relación con este tipo de excepción, con lo que parece justificable la inclusión de la excepción territorial en el proyecto de artículo 7.

6. El orador destaca también el análisis relativo a los instrumentos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, citados en los párrafos 32 a 35 del informe, que establecen disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual que son relevantes a los efectos de la labor sobre el tema. Son igualmente comentados el Estatuto de Roma y las convenciones internacionales contra la corrupción en lo concerniente a la aplicabilidad de sus disposiciones a un funcionario de un Estado extranjero. El examen que hace el informe en el párrafo 33 sobre las distintas formas en que tales instrumentos tratan la imputabilidad de un funcionario de Estado extranjero es relevante. Con base en tal análisis, la Relatora Especial extrae la conclusión de que la comisión de un crimen de genocidio, *apartheid*, tortura o desaparición forzada puede constituir *prima facie* una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal. El examen de la práctica legislativa nacional, que figura en los párrafos 42 a 59 del informe, solo merece una breve referencia, puesto que, como señala la Relatora Especial, son poco numerosas las leyes nacionales que se refieren de manera expresa a la cuestión de las inmunidades de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios. Por consiguiente, normalmente los casos son definidos con base en la referencia directa al derecho internacional consuetudinario o convencional por los tribunales, que suelen igualmente recibir recomendaciones sobre la cuestión sea del Ministerio de Relaciones Exteriores, sea de la Fiscalía

informe). Informes de la Sra. Escobar Hernández: *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe); y *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686 (cuarto informe).

General del Estado. Sin embargo, cabe hacer referencia a algunas legislaciones nacionales que disponen sobre el asunto, como las citadas en los párrafos 44 y 45, que, en su mayoría, se aplican a la excepción territorial. La noción de «Estado protector del terrorismo», que figura en el párrafo 48, también es interesante.

7. Es relevante igualmente la referencia contenida en el párrafo 50 a la Ley Orgánica núm. 16/2015, de España, la cual establece regímenes distintos para los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y los demás funcionarios del Estado, que gozan de la inmunidad *ratione materiae.* En este último caso, la citada Ley establece expresamente que no se admite la inmunidad para los acusados de crímenes de genocidio, crímenes de guerra, desapariciones forzadas y crímenes de lesa humanidad. Tales precedentes, aunque limitados en número, son expresivos de una práctica tendiente a aceptar la no oponibilidad de la inmunidad *ratione materiae* en relación con ciertos crímenes, en especial los crímenes internacionales, cometidos por un funcionario de un Estado extranjero.

8. La práctica judicial nacional, examinada en la sección D del mismo capítulo del informe, es mucho más amplia en elementos de identificación de una práctica diseminada de los Estados. En los párrafos 109 a 122, la Relatora Especial comenta, con apoyo en un gran número de notas a pie de página, una significativa muestra de decisiones importantes de tribunales nacionales de distintos países, lo cual permite afirmar que los tribunales nacionales reconocen de forma casi unánime la inexistencia de límites o excepciones aplicables a la inmunidad *ratione personae.* Al contrario, en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se verifica una tendencia mayoritaria a aceptar la existencia de límites a la misma, sea por la gravedad de los crímenes, o porque contravienen normas de *ius cogens* o atentan contra los valores de la comunidad internacional en su conjunto, o bien porque los crímenes en cuestión no pueden ser considerados como actos realizados a título oficial.

9. Finalmente, la Relatora Especial se refiere, en el párrafo 122, a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de octubre de 2014 relativa a las implicaciones para el ordenamiento jurídico italiano de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia).* Tal como señala la Relatora Especial, se trata en ese caso de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Sin embargo, tiene relevancia para el tema presente y, en ese sentido, conviene sobre todo recordar que la inmunidad no puede ser considerada como un sacrificio aceptable de los derechos mencionados cuando, como es el caso en cuestión, no existe ningún otro recurso efectivo para acceder a los tribunales y obtener la tutela judicial efectiva.

10. La sección E del mismo capítulo se dedica al examen de anteriores trabajos de la Comisión, a partir de los cuales la Relatora Especial extrae numerosas y pertinentes manifestaciones de la *opinio iuris* y de la práctica del derecho internacional en materia de la no aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción a funcionarios del Estado sobre quienes pesan fundadas sospechas de que han cometidos actos que constituyen crímenes internacionales.

11. La inmunidad de jurisdicción es justificable en el ámbito de las relaciones internacionales para proteger la igualdad soberana de los Estados y asegurar que sus funcionarios puedan desempeñar, sin interferencias incompatibles con esa capacidad, actos oficiales y, en el caso de los altos mandatarios protegidos por la inmunidad *ratione personae*, mientras estén en ejercicio de sus funciones, también actos no oficiales. El orador desea subrayar que entiende que la inmunidad de jurisdicción debe ser examinada en contraposición al derecho soberano del Estado del foro a ejercer su jurisdicción. Esta facultad, inherente a la soberanía del Estado, es la regla general, a la cual la inmunidad de jurisdicción impone una barrera procesal. Por lo tanto, al ser la inmunidad la excepción a la regla general, su interpretación debe ser restrictiva.

12. El examen de los trabajos anteriores de la Comisión por la Relatora Especial es extenso y minucioso, y el orador menciona los más destacados, como la elaboración de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[473] o el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[474]. Parece también importante mencionar algunas de las observaciones hechas por la Relatora Especial en el párrafo 126 del informe a los comentarios de la Comisión sobre los Principios de Núremberg. Primero, que el derecho internacional puede imponer obligaciones y exigir responsabilidad a los individuos de modo directo, sin necesidad de intermediación, igual que lo hace respecto de los Estados. Esa afirmación confirma lo expuesto por la Relatora en su informe en relación con el tema de la doble responsabilidad, es decir, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal del individuo por la comisión de crímenes internacionales. Segundo, el derecho internacional tiene supremacía sobre el derecho interno ya que, como señaló el Tribunal de Núremberg, «los individuos tienen deberes internacionales superiores a las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por los respectivos Estados»[475].

13. Igualmente, es relevante mencionar las consideraciones contenidas en el párrafo 127 del informe, en el cual la Relatora Especial señala que, siendo el contenido de los Principios de Núremberg de carácter esencialmente sustantivo, el texto aprobado por la Comisión no contiene referencia expresa a la inmunidad. El propio Tribunal alguna vez se pronunció explícitamente sobre la cuestión en sus sentencias, que fueron reflejadas por la Comisión en su comentario al artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que señala lo siguiente: «el principio del derecho internacional que protege a los representantes del Estado en determinadas circunstancias no es aplicable a los actos que constituyen crímenes de derecho internacional. Por tanto, un individuo no puede invocar su carácter oficial para evitar la responsabilidad en tal acto»[476].

---

[473] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, págs. 374 a 378, párrs. 97 a 127 (en español *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), tercera parte, párrs. 97 a 127).

[474] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

[475] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), tercera parte, párr. 102.

[476] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30 (párrafo 6 del comentario al proyecto de artículo 7).

14. Refiriéndose también de manera breve al análisis del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, contenido en los párrafos 128 a 133 del informe, y más concretamente a los párrafos 131 y 132, el orador señala que, si bien la Comisión reconoce que un tribunal penal internacional sería el arquetipo más pertinente para invocar la no aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción de un funcionario del Estado basada en su carácter oficial, esta tampoco deja de señalar que el proyecto de código está llamado a ejercer una especial influencia en los ordenamientos y tribunales internos y que los Estados deben promulgar las disposiciones de procedimiento o de fondo que sean necesarias para que puedan ejercer efectivamente su jurisdicción, lo que incluye, según la Relatora Especial, la obligación de adoptar disposiciones que excluyan la aplicabilidad de la inmunidad en los términos definidos por el proyecto de código. El orador destaca que la lista de crímenes internacionales tipificados en el proyecto de código, que figura en el párrafo 133 del informe, incluye el crimen de agresión, que fue objeto de un minidebate en la sesión anterior.

15. El orador dedicará pocas palabras a la parte del análisis del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[477], ya que la propia Relatora Especial reconoce que, aunque no trata directamente de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, ese texto aporta en sus comentarios elementos que pueden ser útiles para la labor en curso por cuanto permiten situar más adecuadamente los crímenes de derecho internacional en el sistema jurídico internacional. El orador considera especialmente importantes las referencias a la definición de las normas imperativas, la afirmación de la existencia de obligaciones que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y la identificación de los crímenes de derecho internacional más graves como normas imperativas.

16. En cuanto a la primacía de las normas imperativas y su relación con las normas no imperativas, la Comisión consideró evidente que la primacía se le atribuía a la primera, tanto en caso de conflicto entre dos normas sustantivas como en caso de colisión entre normas primarias y secundarias. Al respecto, al considerar las normas sobre exclusión de la ilicitud —de carácter secundario—, la Comisión ha señalado que tales normas no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa del derecho internacional general. También ha indicado, con respecto a la relación entre las normas imperativas y las obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto, que las segundas dimanan de las primeras, es decir, que dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales.

17. Igualmente importante es la observación contenida en el párrafo 139 del informe sobre el carácter especial de las normas imperativas o aquellas que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y sus efectos, en particular cuando se afirma, con referencia al artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. La Relatora Especial sugiere la posibilidad de que esta determinación pueda permitir considerar el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado para la inmunidad de jurisdicción.

18. El orador lamenta no poder, por cuestión de tiempo, dedicar algunas consideraciones al capítulo III del informe y dice que pasará al capítulo IV, relativo a los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica. La Relatora Especial aborda la cuestión de la posible existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que defina los crímenes internacionales como una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Tras considerar los elementos identificadores de la existencia de una costumbre internacional sobre la base de los trabajos realizados por la Comisión en el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario y los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en ese ámbito[478], la Relatora Especial presenta argumentos que podrían justificar una conclusión afirmativa y examina los argumentos contrarios que se plantean en la práctica. El orador está en principio de acuerdo con esa opinión, pero le gustaría recibir aclaraciones de la Relatora Especial, puesto que parecería que el párrafo 189 de su informe se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y no de los Estados.

19. Con independencia de la cuestión de la costumbre, la Relatora Especial procede a un examen de una fundamentación sistémica de los crímenes internacionales como excepción a la inmunidad, al cual hizo referencia el Sr. Murase en su intervención. A partir del párrafo 190, analiza el tema de la protección de los valores de la comunidad internacional en su conjunto, el *ius cogens* y la lucha contra la impunidad. Es interesante, en particular, su análisis sobre si el concepto de lucha contra la impunidad en relación con crímenes internacionales tiene valor jurídico o solamente un fundamento sociológico. Argumenta, correctamente, que la respuesta afirmativa a esa cuestión encuentra base en la transformación gradual de valores sociales en normas jurídicas. Esa transformación ocurrió en el derecho internacional a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial por la proclamación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de un conjunto de obligaciones referidas a los derechos inherentes a la persona humana y su dignidad, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado. La Relatora Especial examina también la evolución gradual de la necesidad de la obligación de rendición de cuentas, que ha tenido una importante mención en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los

[477] Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[478] A/CN.4/L.872 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones). La Comisión aprobó en primera lectura el proyecto de conclusiones el 2 de junio de 2016 (véase la 3309ª sesión *supra*, párr. 5).

planos nacional e internacional[479], por medio de la cual los Estados asumieron los compromisos referidos en la nota a pie a página en el párrafo 195 del informe.

20. La Relatora Especial también examina los posibles efectos del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. La primera conclusión a que apunta es que dicho fallo no se puede trasladar automáticamente y en todos sus elementos a la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y las normas imperativas. El orador coincide plenamente con esa postura, al igual que con la afirmación del párrafo 217 del informe, según la cual los argumentos presentados ponen de manifiesto la existencia en el derecho internacional contemporáneo de fundamentos suficientes para deducir que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede encontrar su límite o excepción en la comisión de crímenes internacionales.

21. El orador está asimismo de acuerdo con el enfoque dado por la Relatora Especial en el proyecto de artículo 7, párrafo 2, en la no aplicabilidad de las excepciones a la inmunidad a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* mientras permanezcan en el ejercicio de sus cargos, por las razones que aducen el informe. Podría discutirse, incluso en el ámbito del Comité de Redacción, cuando sea el momento oportuno, acerca de la posibilidad de inclusión de otros crímenes de transcendencia internacional que suelen ser contemplados, sea por costumbre o por tratados, con una cláusula de jurisdicción universal, como la piratería, el tráfico de personas, la esclavitud en todas sus manifestaciones y las diversas formas de discriminación.

22. El orador es igualmente favorable a la inclusión de los crímenes de corrupción, aunque necesitan posiblemente ser desdoblados en sus distintas manifestaciones, y que efectivamente se han constituido en una amenaza al desarrollo económico y social de los Estados y pueblos y son frecuentemente un estímulo para la comisión de otros crímenes de mucha gravedad. Por último, conviene con la Relatora Especial en que el próximo informe deberá abordar los aspectos procesales de la inmunidad, incluidas las garantías de los derechos de los acusados a un proceso justo e imparcial.

23. El Sr. CANDIOTI dice que el quinto informe de la Relatora Especial es un avance decisivo en la labor de la Comisión sobre este tema y que apoya plenamente las observaciones formuladas por el Sr. Saboia, en particular su propuesta de agregar los crímenes tradicionalmente sujetos a la competencia universal a la lista de crímenes a los que no se aplica la inmunidad. Las formas modernas de la piratería, en particular, son un tema de actualidad que debería ser examinado por la Comisión. En un momento como este, en que el mundo atraviesa una crisis muy grave y las normas fundamentales del orden internacional se ven seriamente socavadas, es esencial que el mensaje que la Comisión transmita a la comunidad internacional sobre la cuestión de la inmunidad reafirme la importancia del estado de derecho y la necesidad de luchar para protegerlo.

24. El Sr. HUANG destaca que, al tratar la cuestión de las excepciones a la inmunidad, la labor sobre el tema ha entrado en una fase compleja y delicada. Como ha señalado la Relatora Especial, los límites y excepciones a la inmunidad son, sin duda, una de las principales cuestiones que la Comisión debe examinar en el marco de su labor en la materia; también se trata de un tema políticamente muy delicado, por lo que debe abordarse con prudencia. Al examinar el informe presentado por la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones[480], en 2015, hubo Estados que dijeron estar preocupados por que los crímenes internacionales graves fueran una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dado que esa excepción no se basaba en el derecho internacional consuetudinario y tampoco había voluntad política para hacerlo. Las opiniones de los miembros de la Comisión sobre esta cuestión también son extremadamente divergentes. En el segundo informe, presentado en 2010, del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, se llevaba a cabo un análisis exhaustivo de las normas de derecho internacional vigentes en la materia y se llegaba a la conclusión de que no se podía hablar de excepciones a la inmunidad como norma de derecho consuetudinario, como tampoco se podía afirmar la existencia de una tendencia a la aparición de una norma en ese sentido, excepto cuando los hechos se hubieran cometido en el territorio del Estado del foro por un extranjero presente en ese territorio para desempeñar sus funciones oficiales sin el consentimiento expreso de dicho Estado. Se añadía que no eran deseables nuevas restricciones a la inmunidad, ni *lege ferenda*, ya que podían poner en peligro la estabilidad de las relaciones internacionales sin por ello contribuir a la lucha contra la impunidad. Para el orador, el examen de la Comisión de las excepciones a la inmunidad debe basarse en esa conclusión del anterior Relator Especial. En efecto, a falta de cambios significativos en la práctica internacional desde 2010, es imperativo respetar el principio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Las excepciones a ese principio deben estar avaladas por la práctica internacional y no multiplicarse a voluntad.

25. Ahora bien, con respecto a esta cuestión clave, es evidente que a partir de su cuarto informe, presentado en 2015, la Relatora Especial se ha ido desviando de forma gradual para dar preferencia, en particular, al desarrollo de la *lex ferenda* en detrimento de la codificación de la *lex lata*, provocando un desequilibrio y apartándose así de la metodología sistemática, racional y coherente que ella misma había propuesto y que la Comisión había aprobado. No ha respetado como correspondía el principio de inmunidad de los funcionarios del Estado consagrado en el derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia nacional. En cuanto al desarrollo progresivo de la *lex ferenda*, su enfoque ha adolecido de falta de prudencia y equilibrio al haber tratado de limitar la aplicación de ese principio multiplicando las excepciones para resolver el «problema de la impunidad». Así lo demuestra el proyecto de artículo 7 propuesto, que incluye entre las excepciones a la inmunidad no solo los crímenes internacionales graves tipificados en el Estatuto de Roma de

[479] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012.

[480] *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte).

la Corte Penal Internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, sino también violaciones de los derechos humanos como la tortura o las desapariciones forzadas, delitos como la corrupción e incluso delitos de derecho común cometidos en determinadas circunstancias contra las personas o los bienes, lo que restringe significativamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. También hay confusión en cuanto a conceptos fundamentales como los crímenes internacionales y los crímenes de derecho interno, la jurisdicción penal y la civil, la competencia universal internacional y nacional, y la competencia de un tercer Estado, así como la inmunidad del Estado, la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad diplomática. En opinión del orador, las normas propuestas en el artículo 7 no se basan en la práctica. No solo se apartan de la orientación establecida por la Comisión respecto de la labor sobre el tema, sino que es poco probable que reciban el apoyo de la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. En efecto, los trabajos deben centrarse en la codificación del derecho internacional y no en el desarrollo de nuevas normas.

26. La determinación de si existen excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y el alcance de esas excepciones siempre ha sido motivo de controversia. En su cuarto informe, presentado en 2015, la Relatora Especial señalaba que estaba ampliamente aceptado que los crímenes internacionales, las vulneraciones del *ius cogens*, los actos *ultra vires*, los *acta iure gestionis*, los actos oficiales realizados con fines de enriquecimiento personal y otros actos podían constituir excepciones a la inmunidad. En su quinto informe, presentado en el período de sesiones en curso, la Relatora Especial, en aras de la lucha contra la impunidad y la protección de los derechos humanos, ha ampliado considerablemente las normas relativas a las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Dejando a un lado por el momento si esa evolución se corresponde con la práctica de los Estados, si se admiten muchas excepciones a la inmunidad, se socavará inevitablemente el principio de igualdad soberana.

27. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene su origen en la inmunidad del Estado. No se trata de un privilegio o una ventaja que los Estados se concedan mutuamente, sino un derecho fundamental basado en el principio de igualdad soberana y el principio de *par in parem non habet imperium*. Actualmente, no hay evidencia alguna de que las normas de *ius cogens* o las relativas a la lucha contra los crímenes internacionales deban prevalecer sobre los derechos fundamentales de los Estados, *a fortiori* sobre el principio de igualdad soberana. A falta de práctica de los Estados y de *opinio iuris*, el establecimiento injustificado de excepciones a la inmunidad subordinaría el principio de igualdad soberana a otras normas y erosionaría de manera progresiva esa piedra angular de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, es probable que las excepciones a la inmunidad vulneren el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados. En la actualidad, en una época en que prevalecen las políticas de poder y el hegemonismo, así sucede cuando los funcionarios de Estados pequeños o Estados débiles son objeto de procesos penales. La lucha contra la impunidad y la protección de los derechos humanos pueden ser fácilmente utilizadas como pretexto para iniciar un procedimiento contra un Jefe de Estado u otro representante de alto nivel, y acusar al país de que se trate de violaciones de los derechos humanos. Los países poderosos pueden incluso utilizar esa arma para ejercer un chantaje o injerir en los asuntos internos del país en cuestión, e incluso favorecer un cambio de régimen.

28. Además, el ejercicio abusivo de la competencia universal ha causado en los últimos años una gran preocupación en la comunidad internacional. En efecto, es frecuente que los países occidentales invoquen esa competencia para iniciar acciones penales o emitir órdenes de captura contra los dirigentes y funcionarios de alto nivel de Estados africanos y no es raro que, a tal fin, haya organizaciones antigubernamentales o particulares que hagan un uso abusivo de los tribunales penales de esos países. El establecimiento injustificado de excepciones a la inmunidad facilitaría un ejercicio abusivo de la competencia universal. La Sexta Comisión de la Asamblea General comenzó a examinar la cuestión del alcance y la aplicación del principio de competencia universal en 2009, y la mayoría de los países consideran que esa competencia debe ejercerse respetando la inmunidad garantizada por el derecho internacional. Además, algunos países occidentales han empezado a revisar su legislación para limitar el ejercicio de la competencia universal e impedir la incoación de determinadas acciones contra los funcionarios de alto rango de Estados extranjeros. La revisión en 2014 del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos refleja asimismo las preocupaciones de los Estados africanos en ese sentido. Esta tendencia confirma la existencia de una voluntad de proteger la norma de la inmunidad en el derecho internacional. Si se multiplican las excepciones a la inmunidad, no solo se dejará sin efecto el principio de inmunidad, sino que también se favorecerá la acusación de mala fe con fines políticos. Esas excepciones no contribuirán a la lucha contra la delincuencia ni a la protección de los derechos humanos y socavarán la estabilidad de las relaciones interestatales y la justicia internacional.

29. Asimismo, la Relatora Especial dedica buena parte de su informe a la cuestión de la impunidad. En opinión del orador, esa cuestión no está necesariamente ligada a la inmunidad de jurisdicción. La inmunidad no tiene por objeto evitar la sanción penal a los funcionarios del Estado sospechosos de crímenes, y la impunidad no proviene de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertos funcionarios del Estado. Es evidente que la inmunidad soberana es una norma de procedimiento. No exime a los funcionarios del Estado de su responsabilidad individual, como tampoco promueve la comisión de crímenes internacionales ni la impunidad. El orador recuerda que ya ha subrayado que las causas de la impunidad son numerosas y, en su mayoría, políticas. La lucha contra la impunidad debería comenzar en el plano político, y no tratando de vaciar su contenido o de anular o limitar el principio de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, arraigado en el derecho internacional. En efecto, la comunidad internacional ya ha adoptado medidas para

luchar contra la impunidad, como las establecidas por la Corte Internacional de Justicia en el fallo de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (la República Democrática del Congo c. Bélgica)*: el enjuiciamiento en los tribunales del Estado de nacionalidad de los funcionarios concernidos, la renuncia a la inmunidad, el enjuiciamiento de los interesados una vez concluido su mandato y la remisión de la causa a los tribunales penales internacionales. La inmunidad no es la causa principal de la impunidad ni es cómplice de los delitos, por lo que la lucha contra la impunidad no puede invocarse para limitar la inmunidad.

30. Las excepciones a la inmunidad previstas en el informe requieren algunas observaciones. En cuanto a si los crímenes internacionales graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o los actos en contravención del *ius cogens* son excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, conviene examinar la práctica reciente y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, los fallos emitidos en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. En general, no hay pruebas suficientes en el derecho y la práctica de los Estados para considerar los crímenes internacionales graves o los actos cometidos en contravención del *ius cogens* como excepciones a la inmunidad, y nada permite concluir la existencia de una tendencia general en favor de tales excepciones.

31. En primer lugar, la inmunidad forma parte de las normas procesales, como confirmó la Corte Internacional de Justicia en las causas antes citadas. En la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte señaló lo siguiente: «La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad de jurisdicción tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo» (párrafo 60 del fallo). En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, reafirmó que «el derecho sobre la inmunidad es esencialmente de naturaleza procesal; regula el ejercicio de la competencia respecto de una conducta en particular y, por lo tanto, es totalmente distinto del derecho sustantivo que determina si esa conducta es lícita o ilícita» (párrafo 58 del fallo). Además, señaló que la inmunidad del Estado y las normas de *ius cogens* pertenecen a categorías diferentes del derecho internacional y que la vulneración del *ius cogens* no entraña necesariamente la pérdida de la inmunidad del Estado: «Una norma de *ius cogens* es una norma que no sufre ninguna derogación, pero las normas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción, así como las condiciones en que puede ejercerse esa jurisdicción, no derogan las normas sustantivas con rango de *ius cogens*, y no hay nada intrínseco al concepto de *ius cogens* que imponga que se modifiquen o se suspenda su aplicación» (párrafo 95 del fallo). Aunque esa causa se refiere a la inmunidad del Estado y no a la de sus funcionarios, desde un punto de vista teórico y lógico no hay ninguna diferencia entre esos dos tipos de inmunidad en lo que respecta a su carácter procesal y su relación con el *ius cogens*. El derecho a la inmunidad de un funcionario del Estado no está relacionado con la legalidad del acto en sí. Las normas relativas a la inmunidad y el derecho sustantivo (incluido el *ius cogens*) pertenecen a dos categorías diferentes, y la vulneración del derecho sustantivo sencillamente no es un obstáculo para la aplicación de las normas en materia de inmunidad.

32. En derecho internacional, las garantías del debido proceso ocupan una posición única. Esas garantías, la justicia internacional y la lucha contra la impunidad son complementarias y ni unas ni otras deben descartarse a la ligera. En la actualidad, la comunidad internacional ha convertido el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en crímenes internacionales graves, e intenta establecer la competencia universal. No obstante, sigue siendo difícil concluir que las disposiciones del derecho internacional que hacen frente a los crímenes internacionales graves han dado lugar a normas de procedimiento que primarían sobre las disposiciones en materia de inmunidad. En el derecho internacional no existe una jerarquía clara como en el derecho interno. En resumen, la justicia sustantiva no debe ejercerse a expensas de la justicia procesal, que es un requisito del estado de derecho.

33. En segundo lugar, la aplicabilidad de la inmunidad está determinada por criterios relacionados con la propia inmunidad y no se basa en la legalidad del acto en cuestión. Algunos consideran que los crímenes internacionales no pueden considerarse actos oficiales realizados en el contexto de la representación del Estado. Ahora bien, un acto tiene carácter oficial si se realiza a título oficial, y su legalidad no influye en su «carácter oficial». De hecho, las atrocidades a gran escala suelen ser cometidas por el aparato del Estado con los recursos de que dispone y en el marco de una política estatal. Desde este punto de vista, esos delitos solo pueden provenir de un acto realizado a título oficial. Además, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros crímenes internacionales graves son de naturaleza altamente política y su definición y alcance no están claros; es difícil distinguir entre esos crímenes y los crímenes de derecho común para determinar si se aplica la inmunidad. Si la inmunidad estuviera relacionada con la gravedad de la infracción, daría lugar a una situación paradójica, a saber, que para decidir sobre cuestiones de procedimiento, como las relativas a su competencia y la inmunidad, el tribunal debería examinar el fondo del asunto que tiene ante sí. En el fallo sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia señaló también ese problema lógico:

> Así pues, la inmunidad de jurisdicción […] reviste necesariamente un carácter preliminar. Por consiguiente, antes de poder examinar el fondo del caso que tiene ante sí y antes de que se hayan establecido los hechos, el tribunal nacional que conoce del asunto debe determinar si, en virtud del derecho internacional, el Estado puede o no reclamar la inmunidad. Si la inmunidad tuviera que establecerse en función de si el Estado ha cometido verdaderamente una violación grave del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados, el tribunal interno que conociera del asunto debería examinar el fondo del mismo para determinar si es competente. Si, por el contrario, bastase con acusar al Estado de haber cometido actos ilícitos de ese tipo para privarlo de su derecho a la inmunidad, una presentación hábil de la reclamación podría por sí sola anular la inmunidad (párrafo 82 del fallo).

34. En tercer lugar, las convenciones internacionales que luchan contra los crímenes internacionales graves que exigen a los Estados partes que establezcan su competencia o que les imponen obligaciones en materia de investigación, detención, extradición y otras formas de cooperación no tienen ningún efecto en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el derecho internacional consuetudinario. En la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte Internacional de Justicia declaró que:

> aunque diversas convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de procesamiento o de extradición, lo que les exige ampliar su competencia penal, esa ampliación de la competencia no afecta en modo alguno a las inmunidades reconocidas por el derecho internacional consuetudinario, incluidas las de los Ministros de Relaciones Exteriores. Estas siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando esos tribunales ejercen tal competencia sobre la base de dichas convenciones (párr. 59),

y constató que «esas normas tampoco le permiten concluir la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de tal excepción con respecto a los tribunales nacionales» (par. 58). En el párrafo 33 de su quinto informe, la Relatora Especial señala que una serie de convenciones internacionales de lucha contra los crímenes graves, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, prevén la responsabilidad penal de los autores de esos crímenes para concluir, sobre esa base, que constituyen excepciones a la inmunidad. ¿Se debe considerar, por tanto, que todas las convenciones internacionales que contienen cláusulas relativas a la responsabilidad penal pueden servir como base jurídica para establecer excepciones a la inmunidad? Es evidente que esa conclusión es difícil de justificar y no tiene sentido desde un punto de vista jurídico.

35. En cuarto lugar, puesto que un tratado no crea derechos ni obligaciones para terceros sin su consentimiento, cuando los Estados acuerdan mediante un tratado la no aplicabilidad de la inmunidad, o de excepciones a esta, como en el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esas disposiciones solo se aplican a los Estados partes o en los casos previstos por dicho tratado. Por tanto, no pueden utilizarse para demostrar la aplicabilidad a los tribunales nacionales de normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ni la aparición de disposiciones que reconocen tal inmunidad ante los tribunales nacionales. La inmunidad de los funcionarios del Estado en las instancias penales internacionales y su inmunidad ante los tribunales extranjeros podrían compararse con dos líneas paralelas que no convergen. El análisis de la jurisprudencia incluso revela que evolucionan en direcciones opuestas. Mientras que en los tribunales internos hay una tendencia a mantener las normas por las que se ha regido tradicionalmente la materia, las instancias penales internacionales tienden más bien a limitar las inmunidades. El orador no está de acuerdo con la idea de que habría que retomar plenamente las disposiciones sobre las inmunidades de los funcionarios del Estado que figuran en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pues ello contravendría las posiciones adoptadas por la Comisión en el pasado y oscurecería la relación entre la competencia penal nacional y la competencia penal internacional. El artículo 27 del Estatuto de Roma establece por defecto el principio de improcedencia del cargo oficial, en virtud del cual los representantes de los Estados partes no gozan de inmunidad respecto de los procedimientos ante la Corte Penal Internacional. Esa disposición a menudo se cita como prueba sólida de la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. No obstante, no se aplica a los funcionarios de Estados que no son parte en el Estatuto de Roma, además de que la competencia de la Corte Penal Internacional solo es complementaria a la de los tribunales nacionales. El artículo 98 del Estatuto de Roma establece, además, que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. Una vez más, cabe concluir que las normas relativas a las inmunidades que se aplican en la Corte Penal Internacional no afectan a las disposiciones en materia aplicables a escala nacional. No obstante, en la práctica la interpretación de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado ha dado lugar a nutridas controversias. Así sucedió, por ejemplo, en relación con la no aplicación por parte de Sudáfrica de la orden de detención dictada por la Corte Penal Internacional contra el Presidente sudanés Al Bashir. A petición de Sudáfrica, la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma examinó, en su 14º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2015, la relación entre los artículos del Estatuto de Roma relativos a la inmunidad de los funcionarios del Estado y su aplicación concreta. Sudáfrica señaló que, si bien el artículo 27 del Estatuto de Roma establece que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella en caso de que cometa un crimen internacional grave, actuaría en contravención del derecho internacional y las obligaciones que le incumben en virtud del Acta Constitutiva de la Unión Africana si ejecutase la orden de detención de la Corte Penal Internacional. Basándose en el derecho que le confiere el artículo 97 del Estatuto de Roma, pidió consultar a la Corte, sin que esta diera curso a esa petición. En lugar de renunciar a la petición de ejecución de la orden de detención ateniéndose a los términos del artículo 98, la Corte Penal Internacional la reiteró en forma de decisión propia, lo que colocó a Sudáfrica ante obligaciones enfrentadas. Al conocer de la causa, el Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica determinó que Sudáfrica estaba obligada a ejecutar la orden de detención, basando su decisión en el Estatuto de Roma, en el que el país es parte, y no en una interpretación de las normas del derecho internacional relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado[481]. No obstante, el Gobierno

[481] Véase *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern Africa Litigation Centre and Others*.

sudafricano no está de acuerdo con esa decisión y se opone a que esa causa se mencione en el informe como práctica de los Estados en apoyo de las excepciones a la inmunidad. Al contrario, ese ejemplo pone de manifiesto que conviene proceder con cautela en lo que respecta a la inmunidad de los funcionarios del Estado.

36. Además, con respecto a la cuestión de si los crímenes graves de derecho internacional o los actos contrarios al *ius cogens* son excepciones a la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, la Relatora Especial cita opiniones disidentes de los fallos en la materia de la Corte Internacional de Justicia, así como de los asuntos civiles dirimidos por tribunales internos o internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, esos elementos carecen de pertinencia y son obviamente parciales y poco convincentes, ya que, por un lado, las opiniones disidentes de los magistrados de la Corte no son verdaderos fallos y, por otro lado, los asuntos civiles dirimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o por tribunales nacionales son irrelevantes en lo que respecta a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Teniendo en cuenta lo que precede, el orador considera que los funcionarios del Estado presuntos autores de crímenes internacionales graves o de vulneraciones del *ius cogens* no pierden su inmunidad ante los tribunales penales extranjeros, pues hasta la fecha no hay ninguna norma de derecho internacional consuetudinario en contrario.

37. En cuanto a si los actos delictivos con resultado de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes, en el territorio del Estado del foro dan lugar a una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el orador señala que, según la Relatora Especial, tal sería el caso de las infracciones que se producen en el territorio del Estado del foro cuando el funcionario del Estado está presente en dicho territorio en el momento de la infracción. La Relatora Especial se basa en disposiciones extraídas de convenciones relativas a las inmunidades diplomáticas y consulares y a la inmunidad del Estado, así como en las legislaciones nacionales. Así, el artículo 43, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece que las excepciones a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado receptor se aplicarán a los funcionarios consulares en el caso de un procedimiento civil que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión ocurrido en el Estado receptor. No obstante, conviene dejar de lado la distinción entre las inmunidades concedidas a diplomáticos, los funcionarios consulares y otros funcionarios del Estado, ya que la Comisión decidió hace mucho tiempo que no se adentraría, en el marco del tema examinado, en la esfera de las inmunidades de los representantes diplomáticos y consulares, que forma parte del ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Además, si bien el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes establece que ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, si el acto en cuestión se ha producido en el territorio del Estado del foro, esa excepción se limita expresamente a la indemnización pecuniaria en el marco de una acción civil. Por último, en lo que respecta a la decena de Estados que cuentan con legislación específicamente dedicada a la inmunidad del Estado, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Australia y la Federación de Rusia, las excepciones que atañen a los tipos de actos mencionados también se limitan a las acciones civiles, y lo mismo sucede con muchos ejemplos de jurisprudencia citados por la Relatora Especial.

38. La inmunidad de jurisdicción se refiere tanto a la inmunidad de jurisdicción civil como a la inmunidad de jurisdicción penal, que no revisten el mismo carácter. En cuanto a la inmunidad del Estado, las excepciones solo se aplican en relación con la inmunidad de jurisdicción civil, ya que los Estados no han reconocido ninguna excepción a la inmunidad de jurisdicción penal del Estado. No obstante, la Relatora Especial procede por analogía al aplicar a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil de los Estados y a la inmunidad de la jurisdicción civil de los funcionarios consulares. Por lo tanto, confunde los conceptos de inmunidad de jurisdicción civil y penal, pensando, erróneamente, justificar de manera convincente la existencia de excepciones territoriales delictivas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

39. Además, la Relatora Especial cita en apoyo de su razonamiento la conclusión extraída, en su segundo informe, por el anterior Relator Especial sobre el tema, el Sr. Kolodkin, según el cual los delitos cometidos el territorio del Estado del foro podrían constituir una excepción a la inmunidad *ratione materiae,* siempre que los actos en cuestión hayan sido cometidos en el territorio del Estado del foro por un funcionario extranjero presente en ese territorio sin que el Estado haya consentido en que desempeñe funciones oficiales en él. Aunque el orador está de acuerdo en principio con esa idea, que además ha sido objeto de un amplio consenso entre los Estados, queda por saber si la excepción admitida por el Sr. Kolodkin difiere de la excepción territorial delictiva descrita por la Relatora Especial. El razonamiento del anterior Relator Especial destaca el hecho de que el desempeño de funciones oficiales en el Estado del foro sin su consentimiento amenaza gravemente su soberanía y, por lo tanto, lo autoriza a no reconocer el carácter oficial del acto de que se trate, considerándolo una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. En otras palabras, esa conclusión no puede ser utilizada para justificar la excepción territorial delictiva como ha hecho la Relatora Especial.

40. En cuanto a si la corrupción es una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el orador recuerda que se trata de un delito relacionado con el ejercicio de funciones, cuyos autores son funcionarios del Estado, de diferentes niveles, dotados de autoridad pública. La corrupción socava la justicia social y la equidad y daña la imagen y la credibilidad del Estado, así como el desarrollo económico. Es una lacra social que hay que erradicar. En la era de la globalización, se ha extendido por todo el mundo. No

obstante, si bien es imprescindible reforzar la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción a través de medidas en virtud de las cuales los Estados se nieguen a albergar los fondos obtenidos ilegalmente por funcionarios corruptos, extraditen o expulsen a sus países a los funcionarios corruptos que hayan huido al extranjero e intensifiquen los controles fronterizos, el intercambio de información y la cooperación entre los servicios encargados de hacer cumplir la ley, la cuestión de la corrupción como excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es completamente diferente. En el período de sesiones anterior, la Comisión examinó los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* y concluyó que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad por los actos realizados a título oficial; se interpretó que el concepto de «actos realizados a título oficial» se refería a los actos realizados por los funcionarios del Estado en el ejercicio de la autoridad estatal. Así pues, para determinar si los delitos de corrupción pueden dar lugar a excepciones a la inmunidad, se debe determinar en primer lugar si los actos en cuestión son «actos realizados a título oficial». Muchos actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos están estrechamente vinculados a actividades de la esfera privada que persiguen el enriquecimiento personal y no el interés del Estado soberano. Por consiguiente, dada su naturaleza, no tienen nada que ver con el ejercicio de la autoridad estatal o pública. En consecuencia, no quedan englobados en el campo de aplicación de la inmunidad *ratione materiae*. Si bien, no obstante, algunos actos de corrupción son cometidos por funcionarios del Estado a título oficial, hasta la fecha no hay jurisprudencia que reconozca que constituyen excepciones a la inmunidad. Por el contrario, el artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de su funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. En otras palabras, es la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de ciertos actos de corrupción lo que se afirma ahí. En realidad, la lucha contra la corrupción tiene poco que ver con el tema examinado. Los funcionarios públicos autores de actos de corrupción son enjuiciados en el plano interno. Si están en el extranjero, son objeto de medidas de extradición o de expulsión, o se les persuade de que regresen a su país para enjuiciarlos, y cuando se les enjuicia en el extranjero se puede conceder asistencia mutua y que el Estado interesado retire la inmunidad de que disfruta el funcionario. Por tanto, es innecesario incluir la corrupción entre los crímenes que dan lugar a excepciones a la inmunidad.

41. En los párrafos 170 a 176 del informe, la Relatora Especial presenta las nociones distintas de límites y excepciones a fin de aclarar las situaciones en que la inmunidad no es aplicable. La diferencia entre ambos conceptos es que el último se refiere a los elementos normativos de la inmunidad, mientras que el primero remite a los elementos externos de la inmunidad. No obstante, al final del informe, cuando se describen las situaciones en que la inmunidad no se aplica, no se hace distinción alguna entre esos dos conceptos. Así pues, el orador considera que la noción de «límites» es inútil. La determinación de los casos de inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* relativa a sus elementos normativos debería intervenir en el marco del análisis del ámbito de aplicación de esa inmunidad cuando se trate de determinar el alcance de los actos a los que se aplica la inmunidad en los términos del proyecto de artículo 6 aprobado por la Comisión en el período de sesiones anterior. Los casos en que la inmunidad no es aplicable, abordados en el quinto informe de la Relatora Especial, corresponden, por su parte, a simples excepciones a la inmunidad.

42. Habida cuenta de lo que antecede, el orador considera que los proyectos de artículo propuestos no están suficientemente maduros y no es partidario de su remisión al Comité de Redacción.

43. El Sr. KITTICHAISAREE recuerda que, en el contexto del examen de «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)», el Relator Especial para el tema había propuesto un proyecto de artículo que enunciaba que la obligación de procesar o extraditar se derivaba automáticamente de la comisión de crímenes de derecho internacional en contravención de una norma de *ius cogens*, lo que provocó importantes reacciones negativas entre los Estados presentes en la Sexta Comisión. Ahora bien, la cuestión planteada en el tema que se examina es similar. La comisión de crímenes de derecho internacional privaría a los funcionarios del Estado de la inmunidad. El problema no es tanto determinar si esa afirmación es o no correcta, sino preguntarse si la manera de abordarla es apropiada. La Relatora Especial no cita, entre las reacciones de los Estados en la Sexta Comisión que menciona en el informe, la posición de Malasia, que parece, sin embargo, proponer un sistema en dos etapas perfectamente adecuado. En efecto, convendría determinar en primer lugar lo que, dentro del proyecto de artículos, se refiere al derecho internacional consuetudinario, antes de establecer lo que la Comisión considera que guarda relación con el desarrollo progresivo, a fin de que los Estados puedan tomar una decisión al respecto.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

3331ª SESIÓN

Viernes 29 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Más tarde: Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

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