

75. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en primer lugar, desea agradecer al Relator Especial sus esfuerzos por reflejar todas las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria, haciendo gala del enfoque colegiado que preside la labor de la Comisión. En segundo lugar, y, en su opinión, lo que es más importante, el Relator Especial podría haber presentado simplemente su propuesta de nuevos textos en el marco del Comité de Redacción; no obstante, en aras de la transparencia, los ha presentado en sesión plenaria antes de remitirlos al Comité de Redacción. La oradora recuerda también que, de conformidad con la práctica establecida, la remisión de propuestas originales o nuevas al Comité de Redacción ha de hacerse por iniciativa del Relator Especial, aunque el Comité de Redacción también debe tener en cuenta todas las observaciones y propuestas formuladas por los demás miembros. Por consiguiente, es partidaria de que se remitan todos los textos propuestos al Comité de Redacción para que este los examine.

76. El Sr. MURASE (Relator Especial) está de acuerdo en que los cuatro proyectos de directriz se remitan al Comité de Redacción, en el entendimiento de que el Comité examinará la versión revisada del proyecto de directriz 9 y los dos proyectos de párrafo del preámbulo que ha propuesto, así como las demás sugerencias formuladas. El orador ha presentado sus propuestas de nuevos textos a la luz de la petición formulada por Sir Michael Wood y otros miembros de presentarlas en sesión plenaria.

77. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción todos los proyectos de directriz propuestos en el cuarto informe, en el entendimiento de que la propuesta del Relator Especial de establecer un proyecto de directriz 9 unificado y dos proyectos de párrafo del preámbulo, así como todas las observaciones formuladas durante el debate, también se tendrán en cuenta.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

3360ª SESIÓN

Jueves 18 de mayo de 2017, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Georg NOLTE

Miembros presentes: Sr. Argüello Gómez, Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Gómez Robledo, Sr. Grossman Guiloff, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sr. Jalloh, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sra. Lehto, Sr. Murase, Sr. Nguyen, Sra. Oral, Sr. Ouazzani Chahdi, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación**)

[Tema 1 del programa]

1. El Sr. RAJPUT (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre el tema de la protección de la atmósfera está integrado por los miembros siguientes: Sr. Murase (Relator Especial), Sr. Argüello Gómez, Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Hmoud, Sr. Jalloh, Sra. Lehto, Sr. Nguyen, Sr. Nolte, Sra. Oral, Sr. Park, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Vázquez-Bermúdez y Sir Michael Wood, junto con el Sr. Aurescu (Relator), *ex officio*.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁹² (A/CN.4/703, cap. II, secc. E¹⁹³, A/CN.4/701¹⁹⁴, A/CN.4/L.893¹⁹⁵)

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL

2. El PRESIDENTE invita a la Relatora Especial a que presente su quinto informe sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701).

3. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que la Comisión inició el examen de su quinto informe sobre el tema en el período de sesiones anterior, pero, habida cuenta de que en aquel momento el informe solo estaba disponible en español y en inglés, se decidió que, a título excepcional, el examen continuara y se concluyera en el actual período de sesiones. Aunque ya presentó el informe en el anterior período de sesiones¹⁹⁶, procede a presentarlo brevemente por segunda vez, principalmente en consideración de los miembros de la Comisión recién elegidos, aunque también para tomar en cuenta las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones y por los Estados en la Sexta Comisión.

4. El quinto informe está dedicado al estudio de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, un aspecto del tema que ha sido objeto de un debate recurrente en la Comisión y en la Sexta Comisión y que, a lo largo de los años,

* Reanudación de los trabajos de la 3355ª sesión.

¹⁹² En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4 y los comentarios correspondientes (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49). En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e y 5 y los comentarios correspondientes (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 155 y ss., párrs. 131 y 132). Y en su 68º período de sesiones (2016), la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2 f y 6 y los comentarios correspondientes (*Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 228 y ss., párrs. 249 y 250).

¹⁹³ Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 69º período de sesiones.

¹⁹⁴ Reproducido en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte).

¹⁹⁵ Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 69º período de sesiones.

¹⁹⁶ Véase *Anuario... 2016*, vol. I, 3328ª sesión, págs. 357 y ss., párrs. 2 a 19.

ha dado lugar a opiniones diversas y, a menudo, opuestas. Para la elaboración del informe, ha seguido utilizando una metodología similar a la que había utilizado para preparar sus informes anteriores¹⁹⁷, basada, sobre todo, en el análisis de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la labor previa de la Comisión. Además, ha tenido en cuenta la información que los Estados han facilitado en respuesta a las preguntas formuladas por la Comisión. Un total de 19 Estados han presentado observaciones por escrito, que pueden consultarse en el sitio web de la Comisión¹⁹⁸. También ha tenido en cuenta las declaraciones orales formuladas por las delegaciones en la Sexta Comisión, en particular las de 2014 y 2015.

5. Este quinto informe constituye un conjunto unitario con sus cuatro informes anteriores y, por tanto, debe leerse e interpretarse conjuntamente con estos. El proyecto de artículo 7, por ejemplo, adquiere plena significación a la luz de los proyectos de artículo provisionalmente aprobados hasta la fecha.

6. En cuanto a las principales cuestiones sustantivas y metodológicas del informe, la oradora dice que tenía tres objetivos: analizar la práctica, a fin de determinar si había supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no produjera efectos, aun cuando tal inmunidad fuese en principio aplicable; identificar esas situaciones, si existían, así como su fundamento jurídico; y, a partir de ese análisis, proponer un proyecto de artículo.

7. Uno de los principales aspectos que desea abordar tiene que ver con la expresión «límites y excepciones», que refleja los diversos argumentos que se han hecho valer en la práctica para justificar la no aplicación de la inmunidad. Se entiende que algunos delitos no son actos oficiales ni presentan una relación evidente con un cargo oficial o, simplemente, no forman parte de las funciones del Estado, y dan lugar a límites, mientras que se entiende que otros están exentos del régimen de inmunidades porque violan las normas de *ius cogens*, los derechos humanos internacionalmente reconocidos o, en un sentido más general, los valores y principios del derecho internacional contemporáneo, y dan lugar a excepciones. Por tanto, se señala que un límite de la inmunidad es intrínseco o está directamente relacionado con la inmunidad o con uno de sus elementos normativos, mientras que una excepción es extrínseca a la inmunidad y a sus elementos normativos, si bien pertenece al sistema jurídico internacional y, por tanto, debe tenerse en cuenta en la determinación de la aplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto.

8. Esa distinción constituye un instrumento metodológico útil para estudiar la práctica de la no aplicación de la inmunidad y la base jurídica para ello. En cualquier caso, hay que señalar que ambas categorías tienen efectos similares en la práctica, esto es, la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera

de los funcionarios del Estado en determinadas circunstancias. Esa diversidad de enfoques para comprender y explicar los casos en que no se aplica la inmunidad se refleja en la práctica y en las posturas adoptadas por los miembros de la Comisión y los Estados en la Sexta Comisión, y queda captada en la amplia formulación utilizada en el proyecto de artículo 7, a saber, «crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica».

9. Otra cuestión que desea abordar es la necesidad de tratar de los límites y excepciones en el régimen específico de las inmunidades y en el sistema jurídico internacional en su conjunto.

10. La cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad no puede abordarse de forma aislada. De hecho, los límites y excepciones adquieren plena significación en el contexto del estudio de la inmunidad realizado en informes anteriores, que ha permitido revelar la naturaleza jurídica de esa institución en el derecho internacional contemporáneo y determinar los elementos esenciales que deben tenerse en cuenta al examinar la cuestión. Entre esos elementos figuran la interrelación entre la inmunidad y la jurisdicción y la noción de inmunidad como una excepción al ejercicio de la jurisdicción; el concepto de inmunidad como institución procesal y su repercusión en algunas situaciones de la responsabilidad del funcionario; la distinción entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la inmunidad del Estado en sentido estricto, y la distinción entre la inmunidad de los funcionarios del Estado ante los tribunales penales extranjeros y la inmunidad ante los tribunales y cortes penales internacionales.

11. En el informe se examina la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad sobre la base de una visión del derecho internacional como sistema normativo. Desde esta perspectiva, la inmunidad de los funcionarios del Estado se configura como una institución útil y necesaria para asegurar la garantía del respeto de determinados valores y principios jurídicos del ordenamiento jurídico internacional, en particular el principio de igualdad soberana.

12. Pero, al mismo tiempo, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, como un componente de ese sistema, tiene que interpretarse de manera sistémica. Ese enfoque sistémico obliga a tener en cuenta otras instituciones que están igualmente vinculadas al principio de soberanía (en especial el derecho a ejercer la jurisdicción), así como otros sectores del ordenamiento jurídico internacional que recogen y jurifican otros valores y principios de la comunidad internacional entendida en su conjunto (en especial, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal). Siendo como es el derecho internacional un auténtico sistema normativo, no es posible (ni sería deseable) que la elaboración por la Comisión de un proyecto de artículos, con la finalidad de asistir a los Estados en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional en una materia problemática pero de gran importancia para la comunidad internacional, tuviese como consecuencia introducir factores de desequilibrio en grandes sectores del ordenamiento jurídico internacional cuyo desarrollo en las últimas décadas constituye en la actualidad uno de sus signos de identidad.

¹⁹⁷ *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).

¹⁹⁸ Véase la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*: <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml>.

13. Ese entendimiento sistémico del derecho internacional hace que sea necesario tener en cuenta la relación entre la inmunidad y el *ius cogens*, los valores y principios del derecho internacional, las dimensiones jurídicas de los conceptos de impunidad y rendición de cuentas, la lucha contra la impunidad, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de las víctimas a la reparación y la obligación que tiene el Estado de enjuiciar ciertos crímenes internacionales.

14. La última cuestión que desea abordar la Relatora Especial está relacionada con el papel que la Comisión atribuye a la práctica de los Estados en su labor. Como ha señalado en todos sus informes, el estudio de la práctica constituye una base irrenunciable de la labor de la Comisión. Ningún argumento teórico, preferencia personal o ideología puede reemplazar a la práctica. Por el contrario, la práctica es el punto de partida necesario para cualquier estudio riguroso que pueda facilitar la formulación de propuestas para la codificación y el desarrollo progresivo. Solo después de la conclusión de ese estudio se puede llevar a cabo un análisis que incorpore componentes teóricos y sugiera opciones respecto de una determinada cuestión, especialmente si esta resulta polémica. No obstante, la primacía de la práctica debe entenderse en el contexto que le corresponde. La práctica debe tenerse debidamente en cuenta, pero también hay que interpretarla e integrarla en el ordenamiento jurídico internacional. O, para decirlo de manera más simple, la práctica no es neutra ni constituye la única base sobre la que deben adoptarse las decisiones.

15. Ese ha sido el planteamiento de la Relatora Especial en el quinto informe. Su intención manifiesta ha sido determinar si existen normas de derecho internacional consuetudinario aplicables que puedan codificarse y, de ser así, si la práctica es suficiente como para establecer que existe una tendencia que permita la formulación de propuestas para un desarrollo progresivo. En cuanto a si hay una norma de derecho consuetudinario, en el informe se ha tenido en cuenta la labor que está desarrollando la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Con respecto a la determinación de una tendencia, el informe también se basa en un análisis de la práctica.

16. Naturalmente, ese estudio de la práctica no puede limitarse a la jurisprudencia internacional. Un enfoque así podría ser tachado de reduccionista. Por el contrario, en relación con el tema que se examina, el concepto de la práctica debe incluir también la legislación nacional y las resoluciones de los tribunales nacionales, los cuales, hay que recordar, son los órganos ante los que se plantean todas las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y cuyas decisiones constituyen sin duda un elemento esencial de la práctica de los Estados, especialmente si se tiene en cuenta que, de conformidad con el principio de la separación de poderes, esos órganos ocupan una posición central y privilegiada en lo que respecta a la autoridad soberana del Estado para ejercer su jurisdicción.

17. Sobre la base de ese estudio de la práctica, es posible llegar a la conclusión de que la comisión de crímenes internacionales debe ser considerada como un límite o una excepción a la inmunidad que se basa en una norma

de derecho internacional consuetudinario. Incluso si se pudiera cuestionar la existencia de una práctica pertinente y *opinio iuris* que den lugar a una costumbre internacional, no parece posible en ningún caso negar que existe una clara tendencia en favor de ciertos límites y excepciones, lo que reflejaría una costumbre emergente.

18. La Comisión debe llevar a cabo su labor de conformidad con su mandato entendido globalmente. Eso significa que puede y debe abordar la codificación y el desarrollo progresivo cuando un tema abarque ambos componentes. Ciertamente, eso es lo que ocurre con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la cuestión de los límites y excepciones en particular.

19. En cuanto al proyecto de artículo 7, la Relatora Especial dice que en los tres párrafos se enuncian todos los elementos que definen, en conjunto, el régimen de los límites y excepciones a la inmunidad.

20. En el párrafo 1 se intenta determinar, en términos generales, cuáles son los crímenes respecto de los cuales no se aplica la inmunidad. Se ha redactado de acuerdo con el modelo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. La expresión «no se aplica» tiene por finalidad dar cabida a las diversas opiniones expresadas hasta la fecha sobre la clasificación de cada una de las situaciones mencionadas en el informe como límite o excepción. Además, refleja fielmente los efectos de los límites y excepciones a la inmunidad. La formulación es especialmente apropiada en el caso de los crímenes internacionales, ya que, aunque se ha debatido ampliamente si esos crímenes pueden cometerse en el desempeño de un cargo oficial, la opinión de que no están cubiertos por la inmunidad goza de amplio apoyo. Además, la Relatora Especial ha optado por definir supuestos en que la inmunidad no se aplicaba por referencia a los crímenes respecto de los que se pretendía ejercer la jurisdicción y no por referencia a los procesos en que los mismos pueden ser examinados.

21. El párrafo aborda tres casos en los que no se aplica la inmunidad, a saber, los crímenes según el derecho internacional, los crímenes de corrupción y los que abarca la denominada «excepción territorial». Con respecto a los crímenes según el derecho internacional, la Relatora Especial ha decidido hacer referencia explícita al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas. Esos son los crímenes más frecuentes en la práctica, están reconocidos en los tratados y su tipificación como crímenes según el derecho internacional es ampliamente aceptada por la comunidad internacional.

22. El párrafo 2 define el alcance de los límites y excepciones. Las disposiciones del párrafo 1 no se aplican a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* —es decir, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores— durante su mandato. En consecuencia, los límites y excepciones a la inmunidad se aplican únicamente a la inmunidad *ratione materiae*, tal y como ya ha sido definida por la Comisión. La exclusión de esas tres categorías de funcionarios del Estado

se basa en la práctica y ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia. No obstante, hay que tener presente que los límites y excepciones son inaplicables a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores únicamente durante su mandato, tras el cual vuelven a ser de aplicación las disposiciones del párrafo 1.

23. Por último, el párrafo 3, que se formula con una «cláusula sin perjuicio», recoge dos supuestos en los que la inmunidad no se aplicaría por la concurrencia de regímenes especiales. En el primero de los supuestos se contempla la existencia de un tratado vigente entre el Estado del foro y el Estado del funcionario en virtud del cual las inmunidades de los funcionarios del Estado no resultan oponibles ante sus respectivos tribunales penales. El segundo se refiere a una obligación general del Estado del foro a cooperar con un tribunal internacional. Los regímenes a que se hace referencia en el párrafo 3 reflejan los ejemplos que figuran en la práctica. En el párrafo 3 b, en particular, se tiene en cuenta la compleja situación resultante de la aplicación del artículo 98, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se ha reflejado en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en los tribunales sudafricanos en la causa *Al Bashir*¹⁹⁹ y que incluso ha llevado a que el Gobierno de Sudáfrica decidiera retirarse del Estatuto de Roma.

24. Como ha indicado la Relatora Especial en varias ocasiones, la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad es uno de los aspectos más controvertidos del tema. No obstante, es un aspecto al que los miembros de la Comisión y los Estados siguen concediendo una gran importancia. En el anterior período de sesiones, varios miembros de la Comisión pudieron expresar sus opiniones sobre la cuestión en declaraciones oficiales y en mini-debates. Esas opiniones, en particular las expresadas por los miembros de la Comisión, forman parte del debate general sobre el tema y deberían tenerse en cuenta en la decisión definitiva que apruebe la Comisión en el actual período de sesiones.

25. La Relatora Especial desea formular dos observaciones al respecto. En primer lugar, hay división de opiniones entre los miembros de la Comisión y todavía no es posible determinar si existe una opinión mayoritaria sobre la cuestión. En segundo lugar, la discusión sobre el tema volvió a abrir el debate acerca del alcance del mandato de la Comisión, en particular en lo relativo a la función asignada a la codificación y el desarrollo progresivo, así como a la manera en que deben entenderse la *lex lata* y la *lex ferenda*.

26. En la Sexta Comisión, varias delegaciones expresaron también sus opiniones sobre el tema durante el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2016. Algunas indicaron

que se abstendrían de comentar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad hasta que la Comisión hubiera concluido el debate sobre el quinto informe. Las demás, aunque indicaron que sus observaciones eran de carácter preliminar, en espera de la conclusión del debate, hicieron comentarios sobre diversas cuestiones que se abordan en el informe y, en algunos casos, sobre el proyecto de artículo 7.

27. Varias delegaciones manifestaron inequívocamente su opinión de que no existen límites ni excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae* ni de la inmunidad *ratione materiae*, mientras que otras se pronunciaron de forma menos categórica. Algunas delegaciones declararon su apoyo al trato diferenciado de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* en cuanto a los límites y excepciones, mientras que otras defendieron firmemente la existencia de límites o excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, en particular con respecto a los crímenes internacionales. También se planteó la opinión de que los crímenes internacionales no pueden ser considerados actos oficiales y, por tanto, no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*.

28. Algunas delegaciones se mostraron escépticas acerca de la inclusión de los crímenes de corrupción entre las excepciones o límites a la inmunidad. Se manifestó asimismo la opinión de que los actos de corrupción persiguen un provecho personal y, por tanto, constituyen límites a la inmunidad y no están cubiertos por esta. Varias delegaciones expresaron su interés en analizar más a fondo la cuestión de los crímenes de corrupción en relación con la inmunidad.

29. Se llegó a un consenso acerca de la no aplicación de límites y excepciones en el caso de la inmunidad *ratione personae*.

30. Otras delegaciones hicieron hincapié en la necesidad de tener presente que la inmunidad se basa en el principio de la igualdad soberana de los Estados, que su objetivo es preservar la estabilidad de las relaciones internacionales y que, por consiguiente, deben evitarse los límites y excepciones. Varias delegaciones señalaron que es preciso alcanzar un equilibrio entre el respeto al principio de la igualdad soberana —y el mantenimiento de relaciones internacionales estables— y la lucha contra la impunidad. Según algunas delegaciones, es necesario que la Comisión tenga en cuenta en su labor los avances del derecho penal internacional en los últimos decenios, aunque también debe velar por que, en el desempeño de su misión, no se socaven esos logros. Algunas delegaciones mantuvieron que, al tratar sobre la inmunidad y los posibles límites y excepciones, la Comisión debía ceñirse a la codificación, mientras que otras opinaron que la Comisión debía ejercer el mandato que tenía encomendado en sus dos vertientes, a saber, el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

31. Las delegaciones llamaron la atención sobre la necesidad de proceder con cautela al abordar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad. Algunas también pusieron de relieve el riesgo de que se pueda ejercer la jurisdicción penal respecto de un funcionario extranjero con fines políticos o no se respeten debidamente las

¹⁹⁹ Decisión de 15 de marzo de 2016 del Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica (*Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*) tras la apelación del Gobierno de Sudáfrica de la decisión del Tribunal Superior de Sudáfrica (Gauteng Division, Pretoria) de 24 de junio de 2015 en la causa *Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others*.

salvaguardias procesales. De acuerdo con esas delegaciones, para evitar esos riesgos es necesario establecer mecanismos procesales adecuados; otras subrayaron la importancia de examinar los aspectos procesales de la inmunidad. Por último, casi todos los Estados que participaron en el debate destacaron la importancia del tema, en general, y la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, en particular.

32. Las opiniones expresadas por las delegaciones demuestran claramente que se trata de un tema controvertido y que, además, incumbe a categorías fundamentales del derecho internacional contemporáneo y afecta a intereses de gran importancia para los Estados.

33. La Relatora Especial recuerda que, en el anterior período de sesiones de la Comisión, el Sr. McRae identificó con exactitud los problemas que planteaba la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, especialmente con respecto a la función que ha de asignarse a la *lex lata* y la *lex ferenda* y el peso relativo que hay que atribuir a la codificación y el desarrollo progresivo en la labor de la Comisión sobre el tema²⁰⁰. En el actual período de sesiones, corresponde a la Comisión responder a la pregunta planteada en aquella ocasión por el Sr. McRae, a saber, si iba a seguir la tendencia incipiente del derecho internacional observada por la Relatora Especial o trataría de ponerle fin.

34. En cuanto a la labor futura de la Comisión sobre el tema, la intención de la Relatora Especial es celebrar consultas oficiosas durante la segunda parte del período de sesiones a fin de estudiar diversos aspectos procesales pertinentes sobre el tema, para lo cual propone distribuir un breve documento de trabajo en el momento oportuno. Tiene previsto presentar su sexto y último informe sobre el tema para que lo examine la Comisión en su 70º período de sesiones, con miras a concluir el debate sobre el tema y aprobar el proyecto de artículos en primera lectura en ese período de sesiones.

35. El Sr. PARK dice que la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad es uno de los aspectos más difíciles de la labor de la Comisión sobre el tema. La cuestión es particularmente importante para la República de Corea, cuyo derecho interno prevé la competencia en materia penal respecto de todos los extranjeros que cometan crímenes internacionales graves fuera del territorio del Estado, pero se encuentren en este, independientemente de su estatus oficial. No obstante, no queda claro si los altos funcionarios del Estado pueden gozar de inmunidad de esa jurisdicción, ya que los tribunales nunca se han ocupado de ese tipo de asuntos. En ese contexto, la labor de la Comisión es sumamente importante.

36. En el período de sesiones anterior, si bien algunos miembros apoyaron la propuesta de la Relatora Especial de que la comisión de crímenes internacionales podía constituir una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario, otros opinaron que no existía esa excepción. Por su parte, el orador

considera que en la labor sobre el tema se deben tener en cuenta tanto el desarrollo progresivo como la codificación del derecho internacional. El mandato de la Comisión consiste en identificar las normas existentes en derecho internacional y luego decidir hasta qué punto es necesario incorporar disposiciones de *lex ferenda*. En ese sentido, el punto de partida para la labor de la Comisión es el derecho internacional vigente. En su examen del tema, la Comisión debe, en primer lugar, establecer qué normas del derecho internacional vigente son pertinentes y luego tomar en consideración la *lex ferenda*. Al considerar la *lex ferenda* respecto de la inmunidad, la Comisión debe, ante todo, tener en cuenta la protección de los derechos humanos. Por último, el orador es partidario de lograr un equilibrio entre la *lex lata* y la *lex ferenda* en el proyecto de artículos, y es importante no confundirlas.

37. La Relatora Especial concluye en el párrafo 184 de su informe que hay indicios suficientes sobre la existencia de una norma consuetudinaria que consagra los crímenes internacionales como un límite o excepción a la inmunidad. Sostiene que hay límites o excepciones porque no existe una práctica sistemática contra la no aplicabilidad de dicha inmunidad. Habida cuenta de que la inmunidad de los funcionarios del Estado está reconocida, en principio, en el derecho internacional, es importante determinar si existe una práctica unánime en favor de un límite o excepción. La Relatora Especial no parece haber logrado justificar su conclusión en ese sentido; por consiguiente, es necesario seguir investigando para fundamentar esa conclusión.

38. En general, el orador coincide con el análisis que hace la Relatora Especial en los párrafos 236 a 242 del informe. No obstante, no está de acuerdo con su evaluación de la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido*, de la que infiere una tendencia a no reconocer la inmunidad de los funcionarios del Estado cuando estos han cometido actos de tortura, aun cuando esa decisión esté relacionada con actuaciones civiles. En opinión del orador, el Tribunal no llega a reconocer en su decisión que la tortura sea un motivo para la no aplicabilidad de la inmunidad, sino que se limita a observar una tendencia en el desarrollo del derecho internacional hacia ella, sin reconocer la existencia de una norma que permita un límite o excepción a la inmunidad. Sería más acertado concluir que el Tribunal considera que un límite o excepción en el contexto de la tortura entra en la categoría de la *lex ferenda*.

39. A su entender, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no reconocen el incumplimiento de una norma de *ius cogens* como fundamento para la no aplicabilidad de la inmunidad. Por otra parte, en el párrafo 187 de su informe, la Relatora Especial tiende a minimizar el valor de las decisiones de esos tribunales, argumentando que se refieren a la inmunidad del Estado y no a la de los funcionarios del Estado, y que esas decisiones pueden ser consideradas como un «medio auxiliar» de determinación de la existencia de una práctica acompañada de *opinio iuris* que sea relevante para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, sin que puedan en ningún caso sustituir a los tribunales nacionales en el proceso de formación de la costumbre.

²⁰⁰ Véase *Anuario... 2016*, vol. I, 3331ª sesión, págs. 386, párrs. 53 y 54.

40. En su opinión, la Relatora Especial no dio ninguna explicación convincente de por qué los límites o excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado deben distinguirse de los límites o excepciones a la inmunidad del Estado. Ambos tipos de inmunidad son mecanismos procesales cuyo objetivo es proteger la igualdad soberana del Estado.

41. El valor de las decisiones judiciales como medio auxiliar con arreglo al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no debe subestimarse. Esas decisiones constituyen una prueba importante de la formación del derecho internacional consuetudinario. En algunos casos, podría resultar más pertinente examinar las decisiones de la Corte Internacional de Justicia que identificar la práctica de algunos Estados.

42. Desde su punto de vista, resulta difícil concluir de manera definitiva que ya existe un límite o excepción a la inmunidad de los funcionarios del Estado ante los tribunales nacionales sobre la base de la comisión de crímenes internacionales o crímenes de corrupción. Dada la incertidumbre de la situación, sería mejor considerar ese límite o excepción como *lex ferenda*. Se plantea entonces la cuestión de hasta qué punto debe reflejarse la *lex ferenda* en la labor de la Comisión sobre el tema. El orador desea formular tres observaciones al respecto.

43. En primer lugar, en el siglo XXI, ya no puede negarse que la protección de las personas contra las violaciones generalizadas y graves de los derechos humanos se está convirtiendo en un valor esencial por el que la comunidad internacional ha de luchar. En ese sentido, suscribe plenamente la opinión expresada por la Relatora Especial en los párrafos 191 a 205 de su informe.

44. En segundo lugar, apoya el segundo enfoque mencionado en el párrafo 157 del informe, acerca de la relación entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales. Al tomar en consideración el desarrollo del derecho penal internacional, también es necesario examinar el mecanismo de la inmunidad ante los tribunales nacionales. Existe en todo el mundo una creciente demanda de protección de los derechos humanos y lucha contra la impunidad; por tanto, el mecanismo de la inmunidad no debe obstaculizar la protección de los intereses comunes de la comunidad internacional. En su labor, la Comisión debe tener en cuenta ese factor como una cuestión de *lex ferenda*.

45. En tercer lugar, el cambio en el alcance de la inmunidad funcional de los funcionarios del Estado, la inmunidad *ratione materiae*, respecto de la jurisdicción penal extranjera es inevitable, y no está reñido con el pensamiento actual, del mismo modo que la inmunidad del Estado está pasando de ser un concepto absoluto a otro relativo. Esa tendencia se ha visto confirmada no solo en leyes nacionales, como las de Bélgica, los Países Bajos y España, sino también en opiniones de publicistas. Un ejemplo de ese cambio fue la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 2009²⁰¹. El artículo III, párrafo 1, de la

resolución indica claramente lo siguiente: «Con respecto a los crímenes internacionales no se aplicará otra inmunidad de jurisdicción que la inmunidad personal de conformidad con el derecho internacional».

46. En cuanto al proyecto de artículo 7, el orador dice que apoya la decisión de la Relatora Especial de no referirse a «límites» o «excepciones» en el título, y utilizar, en cambio, una redacción que recuerda la expresión «procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer», que figura en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas son crímenes internacionales graves y, por tanto, constituyen un límite o excepción a la inmunidad. A pesar de que la práctica de los Estados es más limitada con respecto a las desapariciones forzadas, estas merecen ser incluidas en la lista, dado que hoy se consideran un crimen de lesa humanidad. El orador coincide con los miembros de la Comisión que en 2016 afirmaron que habría sido preferible incluir el crimen de agresión en el párrafo 1 *a*, porque se trataba de una vulneración de normas de *ius cogens*. Por otra parte, no hay pruebas suficientes para respaldar que se mantengan en el proyecto de artículo los crímenes de corrupción, ya que ninguno de los convenios de lucha contra la corrupción contiene una disposición expresa sobre la no aplicabilidad de la inmunidad a esos delitos. Por lo que respecta al párrafo 1 *c*, la amplia aceptación de la excepción territorial implica que puede afirmarse su existencia en el derecho internacional actual.

47. Con respecto al párrafo 2, el orador está de acuerdo en que debe establecerse una distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Si la Comisión llega a la conclusión de que una persona que goza de inmunidad *ratione materiae* la pierde por haber cometido determinados delitos graves, ello tendrá sin duda repercusiones en otros regímenes de inmunidad, como el de los diplomáticos, que la Comisión ha excluido del ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

48. Al confeccionar una lista de crímenes a los que no se aplicaría la inmunidad, la Comisión debe lograr un equilibrio entre la *lex lata* y la *lex ferenda*. El interés de la comunidad internacional se vería comprometido si no se previera en derecho internacional una respuesta para el caso de los funcionarios públicos que cometan actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad u otros actos que vulneren las normas de *ius cogens*. Nadie que haya cometido un crimen puede ampararse en la inmunidad que el derecho internacional otorga a los Estados ni a los actos oficiales.

49. Sir Michael WOOD dice que su opinión difiere de la de la Relatora Especial con respecto a muchas de las ideas fundamentales que esta expone. Coincide en gran medida con las meditadas declaraciones formuladas por el Sr. Huang y el Sr. Singh en el anterior período de sesiones. Recuerda que, el año anterior, la Relatora Especial indicó que podía ser conveniente examinar los aspectos procesales en paralelo con las excepciones. Es de

²⁰¹ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 228

a 230. Puede consultarse en el sitio web del Instituto en www.idi-iiil.org, en el apartado «Résolutions».

lamentar que la Comisión no haya recibido aún el sexto informe de la Relatora Especial sobre los aspectos y las garantías procesales de los derechos de los funcionarios del Estado sujetos a la jurisdicción penal extranjera. Las cuestiones procesales son sumamente importantes y guardan una estrecha relación con las excepciones. Puesto que deben examinarse conjuntamente, en el actual período de sesiones es imposible adoptar decisiones informadas sobre posibles excepciones.

50. El debate de la Sexta Comisión sobre el quinto informe fue esclarecedor. Puso de manifiesto que los Estados esperaban que la Comisión procediera con especial cautela y distinguiera entre las normas existentes del derecho internacional y las propuestas de nuevas normas jurídicas. Esa distinción es particularmente importante para los Estados en que los tribunales aplican directamente las normas del derecho internacional consuetudinario vigente. Al respecto, remite a los párrafos 51 y 52 del resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones, preparado por la Secretaría²⁰².

51. En sus observaciones generales sobre la metodología empleada para el presente tema y, en particular, la cuestión de las excepciones, el orador subraya el hecho de que las inmunidades desempeñan un papel fundamental en las relaciones internacionales. Están previstas en normas fundamentales del derecho internacional arraigadas y los intentos de restringirlas o eliminarlas entrañarían riesgos considerables para el orden internacional y las relaciones pacíficas entre los Estados. Por tanto, la Comisión debe tratar de encontrar un equilibrio adecuado entre la necesidad de castigar a los autores de crímenes y el respeto de la igualdad soberana de los Estados. Para hacerlo, primero hay que distinguir claramente entre el derecho vigente y las posibles nuevas normas. Lo contrario sembraría confusión y podría dar lugar a transgresiones y vulneraciones de la legislación vigente, con el riesgo de originar graves tensiones entre Estados. Sería irresponsable por parte de la Comisión fomentar esas tensiones.

52. En segundo lugar, también se podría lograr un equilibrio identificando y creando salvaguardias procesales adecuadas contra el abuso o el uso indebido de cualquier excepción a la inmunidad. Por esa razón, sería útil conocer la opinión de la actual Relatora Especial sobre el contenido de los párrafos 61 *a*, *e*, *f*, *g*, *h* e *i* del tercer informe elaborado por su predecesor²⁰³, que gozó de gran aceptación, así como sobre sus conclusiones con respecto a la renuncia, todas ellas bien fundamentadas y estrechamente relacionadas con posibles excepciones. Los Estados tienen un gran interés en que se establezcan esas salvaguardias a fin de evitar los efectos perjudiciales de los procesamientos por motivos políticos.

53. La primera observación general del orador sobre el quinto informe es que ya se dispone de material muy útil sobre las cuestiones que se plantean, como el memorando

²⁰² A/CN.4/703, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 69º período de sesiones.

²⁰³ *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe del anterior Relator Especial sobre el tema, el Sr. Kolodkin).

de la Secretaría²⁰⁴, los primeros informes del Relator Especial, especialmente su segundo informe²⁰⁵ y las actas resumidas de los debates de la Comisión²⁰⁶ y la Sexta Comisión en 2011 y 2016. El quinto informe no debe leerse de manera aislada.

54. Su segunda observación general es que, aunque la sección A del capítulo I del quinto informe se titula «Consideraciones generales», no se expone en ella ninguna consideración general sustantiva. La lista de publicaciones sobre el tema, que figura en la primera nota del párrafo 12, es muy selectiva. Las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional mencionadas en ese párrafo han sido controvertidas y no han gozado de un gran reconocimiento por los Estados. Las decisiones judiciales a que hace referencia tratan sobre aspectos muy diversos. Es decir, que ninguno de los documentos citados en el informe resultan demasiado reveladores para la Comisión.

55. En la sección B del capítulo I se pasa por alto el hecho de que en el seno de la Comisión y en la Sexta Comisión ha habido algunas discrepancias claras con los anteriores informes de la Relatora Especial. Por ejemplo, la Relatora Especial no ha acusado recibo de la postura del orador en el sentido de que «los valores y principios jurídicos que se ven afectados por la inmunidad» que menciona en su informe preliminar son vagos y totalmente subjetivos y, por tanto, no pueden servir de base para una labor seria por parte de la Comisión. Un análisis claro de toda la práctica pertinente de los Estados en relación con cada excepción en particular habría sido más útil que la inclusión de material explicativo a lo largo del informe.

56. En tercer lugar, aunque el orador no tiene intención de comentar en detalle la gran cantidad de cuestiones teóricas planteadas en el informe, dado que no son trascendentes para las decisiones que debe adoptar la Comisión, no hay que considerar su silencio como una muestra de conformidad con lo que plantea la Relatora Especial.

57. Una de esas cuestiones es la distinción entre límites y excepciones. Según la Relatora Especial, los límites están relacionados con elementos normativos, mientras que las excepciones quedan definidas por elementos externos. No obstante, el significado práctico de esa distinción es poco claro, tal vez debido a la terminología empleada en el informe. Aunque la Relatora Especial parece tener presente lo que su predecesor había denominado simplemente excepciones y ausencia de inmunidad, su interpretación de las «excepciones» es mucho más amplia. En opinión de la Relatora Especial, el respeto de los valores y principios jurídicos del derecho

²⁰⁴ El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, 2008). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

²⁰⁵ Informes del primer Relator Especial sobre el tema, el 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 informe).

²⁰⁶ *Anuario... 2011*, vol. I, y *Anuario... 2016*, vol. I.

internacional entendido en su conjunto y la necesidad de evitar efectos no deseados en determinadas esferas del derecho internacional constituirían el punto de partida para definir las excepciones a la inmunidad. Un enfoque tan subjetivo no es, ciertamente, una base sólida para establecer *lex lata* ni para proponer nuevo derecho.

58. La Relatora Especial ha sugerido que, en vista de que a los efectos del proyecto de artículos no es necesario mantener la distinción entre límites y excepciones, que apenas existe en la práctica, pueden agruparse en el término general de «no aplicación de las inmunidades». No obstante, ese enfoque solo debe adoptarse en el caso de que la Comisión no consiga llegar a un acuerdo sobre la manera de distinguir entre límites y excepciones. El orador cree que esa distinción es posible y, por tanto, prefiere que no se aborden en una disposición.

59. El orador estima que las dos afirmaciones que figuran en el informe para apoyar el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, a saber, que refleja una norma existente de derecho internacional consuetudinario y que hay una tendencia mayoritaria a aceptar esa norma, son incoherentes y está en desacuerdo con ambas. En cambio, suscribe la conclusión a que llegó el anterior Relator Especial en el párrafo 90 de su segundo informe, y que la actual Relatora Especial ha señalado en el párrafo 16 del quinto informe —que no existe ninguna norma consuetudinaria o tendencia hacia la formación de dicha norma que permita afirmar la existencia de excepciones aplicables a la inmunidad— porque en realidad no existe ninguna práctica general que establezca tales excepciones o pruebas suficientes de su aceptación como derecho.

60. El orador esperaba una propuesta de la Relatora Especial para que la Comisión recomendara a los Estados en la Asamblea General que considerasen la posibilidad de adoptar normas basadas en tratados —con las salvaguardias procesales fundamentales— que incorporaran ciertas excepciones a la inmunidad *ratione materiae* como nuevas normas jurídicas que los Estados pudieran adoptar, modificar o rechazar. El orador no se habría opuesto a trabajar en una propuesta así para una nueva ley. Sin embargo, la Relatora Especial parece afirmar en su quinto informe que esas excepciones constituyen o pueden constituir ya derecho internacional consuetudinario, mientras que en 2016 muchos Estados observaron en la Sexta Comisión que no era así. La metodología del análisis en los párrafos 181 a 189 y las pruebas específicas en que se basa resultan, por tanto, poco convincentes.

61. En referencia a la metodología, la Relatora Especial afirma que invoca elementos de la labor de la Comisión sobre el tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario», pero su enfoque es muy diferente. Un examen de los diversos documentos a los que se remite deja claro que estos no apoyan su tesis. La sentencia dictada en la causa *Bouterse* fue anulada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos y la causa *Hailemariam* no parece ser pertinente, ya que guarda relación con un nacional etíope.

62. En cuanto a los principales argumentos a favor de la existencia de una excepción a la inmunidad como una norma de derecho internacional consuetudinario cuando

se han cometido crímenes internacionales, la Relatora Especial afirma que hay una tendencia hacia esa excepción en los tribunales nacionales, aunque no hay pruebas de que exista esa tendencia y ella misma contradice esa afirmación en el párrafo 220 del informe, en que señala que la práctica es escasa. También sostiene que la legislación nacional ha ido incluyendo esa excepción gradualmente, pero los párrafos 42 y 44 contradicen esa idea. Las leyes de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional son de dudosa pertinencia, ya que en principio se promulgaron únicamente a los fines de ese tratado. Asimismo, la Relatora Especial parece basarse en la celebración de tratados que tipifican como delito determinadas conductas y prevén la responsabilidad penal individual. No obstante, como ha explicado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, esos tratados no afectan en modo alguno a las inmunidades derivadas del derecho internacional consuetudinario. En ese sentido, pone de relieve la conclusión de la Corte en el párrafo 59 de su fallo de 14 de febrero de 2002, en que afirma 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 [...] Dichas inmunidades pueden seguirse invocando ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan una jurisdicción de esa índole en virtud de las convenciones mencionadas».

63. La Relatora Especial está tratando de apoyar esa excepción propuesta incluyendo una sección en el informe, la sección A.2 del capítulo IV, relativa a lo que califica de fundamentación sistémica con respecto a esa excepción. Esa sección, que parece simplemente presentar «diversos fundamentos a favor» de la excepción, no es en absoluto convincente ni resulta necesaria a los efectos de determinar la *lex lata*. Su inclusión en el informe ya demuestra de por sí que la Relatora Especial no está convencida de que la excepción forme parte del derecho internacional consuetudinario. Además, en una verdadera fundamentación sistémica no solo se deben examinar los argumentos a favor, como se hace en el informe, sino que también hay que exponer y examinar los argumentos en contra para después tratar de sopesarlos equitativamente.

64. En el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *b*, se propone un límite o excepción a lo que, en la versión en inglés, se enuncia como «*corruption-related crimes*». El texto en francés presenta una redacción similar, mientras que la expresión utilizada en el texto en español es «los crímenes de corrupción». El orador desea formular tres observaciones al respecto.

65. En primer lugar, incluso en español, la expresión «los crímenes de corrupción» es extraordinariamente vaga. ¿Qué relación debe tener un delito con la corrupción para que esté comprendido en la excepción propuesta? ¿Qué delitos están incluidos en el texto en español? ¿Se incluyen el cohecho, el desfalco, la apropiación indebida de bienes, el abuso de funciones, el enriquecimiento

ilícito y el blanqueo de dinero? En cualquier caso, puede que no sea necesario entrar en esas cuestiones, porque la excepción propuesta no parece ser muy sólida. A los efectos del presente tema no hay base alguna para destacar los crímenes relacionados con la corrupción entre todos los delitos transnacionales que existen.

66. En segundo lugar, el orador entiende que la Relatora Especial no considera ese proyecto de apartado como *lex lata*. Queda de manifiesto en el párrafo 234 del informe, donde se limita a indicar que «podría ser oportuno» incluir una disposición que defina los crímenes relacionados con la corrupción como un «límite o excepción», lo que, según supone el orador, implica que podría no ser oportuno.

67. En tercer lugar, el enfoque de la Relatora Especial acerca de la cuestión parece ser que los crímenes relacionados con la corrupción pueden ser un «límite» de la inmunidad *ratione materiae* o una excepción a esta. Es necesario aclarar ese punto. Si es un límite, ese tipo de acto no figurará en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6²⁰⁷ y, por tanto, quedará fuera del alcance de la inmunidad *ratione materiae*. Si se trata de una excepción, será preciso demostrar la existencia de una excepción en el derecho internacional consuetudinario o algún fundamento para distinguir ese crimen de otros crímenes transnacionales.

68. En apoyo del proyecto de artículo 7, párrafo 1 *b*, se hace referencia en el párrafo 37 del informe a varias convenciones que tipifican la corrupción como delito. No obstante, ninguno de esos instrumentos apoya la idea de que los crímenes de corrupción puedan constituir un «límite o excepción». A ese respecto, el orador desea mencionar, por ejemplo, una nota interpretativa del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se refiere a la tipificación como delito del soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas. La nota dice: «Este artículo no tiene por objeto influir en las inmunidades de que puedan gozar los funcionarios públicos extranjeros o los funcionarios de organizaciones internacionales públicas de conformidad con el derecho internacional»²⁰⁸.

69. El proyecto de artículo 7, párrafo 1 *c*, hace referencia a una posible excepción territorial. La cuestión se examinó detenidamente en el segundo informe del Sr. Kolodkin y en el memorando de 2008 de la Secretaría. Ciertamente, podría considerarse esa excepción, aunque es controvertida y la Comisión tendría que abordar otras cuestiones que no abarca el quinto informe de la Relatora Especial, incluidas las procesales. En el período de sesiones anterior, el Sr. Singh señaló una serie de omisiones, como la necesidad de abordar las actividades militares²⁰⁹; el orador está de acuerdo con lo que el Sr. Singh dijo en esa ocasión.

²⁰⁷ *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 232.

²⁰⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (publicación de las Naciones Unidas, 2012), pág. 189. Puede consultarse en www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoires_-_UNCAC_S.pdf.

²⁰⁹ Véase *Anuario... 2016*, vol. I, 3331ª sesión, pág. 383, párr. 28.

70. El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 refleja la práctica vigente y no debería suscitar gran debate en la Comisión. No obstante, a fin de expresar con mayor claridad la importante observación que contiene, quizá sea preferible prescindir de ese párrafo y especificar simplemente en el título y el texto que el proyecto de artículo solo es de aplicación con respecto a la inmunidad *ratione materiae*.

71. El párrafo 3 del proyecto de artículo 7 plantea una serie de interrogantes. Por ejemplo, no está claro por qué el apartado *a* se limita a los tratados en que la inmunidad no sería aplicable, y no a los tratados en que sí lo sería, y tampoco está claro qué tipo de tribunal se prevé en el apartado *b*.

72. En cuanto al futuro del tema, el orador dice que es difícil anticipar qué rumbo tomará, a menos que la Comisión logre llegar a un acuerdo sobre si deben incluirse las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y, en caso afirmativo, sobre qué base: *lex lata* o como nuevo derecho. Solo entonces se podría entablar un debate constructivo sobre la naturaleza de esas excepciones. Como ha explicado, no cree que la propuesta central del quinto informe, que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ofrezca una base para un acuerdo. No ve en la práctica actual de los Estados ningún fundamento para una excepción a los denominados crímenes internacionales, ni ningún tipo de apoyo para destacar los crímenes relacionados con la corrupción. En su opinión, en la etapa actual y sobre la base del informe que se examina, no sería apropiado proponer un texto como el del párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ni siquiera como una nueva norma de derecho internacional.

73. Por todas esas razones, y al igual que algunos de los miembros que intervinieron en el debate el año anterior, el orador no apoya que se envíe el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

74. Merece la pena tomar un poco de distancia y ver en qué punto se encuentra la Comisión con respecto al tema. La Comisión ha aprobado cuatro proyectos de artículo y un párrafo de otro, así como algunos comentarios bastante amplios. En 2015, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente otros dos proyectos de disposición, que la Comisión podría aprobar en el actual período de sesiones, junto con los comentarios correspondientes. El orador espera con interés ver los proyectos de la Relatora Especial para esos comentarios y confía en que los miembros de la Comisión tengan tiempo suficiente para examinarlos cuidadosamente, quizá incluso en un grupo de trabajo, antes de que se les pida su aprobación en sesión plenaria.

75. La Comisión también debe revisar algunos de los proyectos de artículo ya aprobados en aras de la coherencia, también en lo que se refiere a la terminología. Es algo que incumbe al Comité de Redacción, que también tiene que finalizar algunos de los proyectos que ya se le han presentado, en particular, algunas de las definiciones propuestas en el proyecto de artículo 2.

76. Existen incoherencias e incertidumbres en la redacción de los textos aprobados hasta ahora por la Comisión, y el orador espera que los miembros de la Comisión

tengan ocasión de volver a esos textos antes de que concluya la primera lectura. Por ejemplo, aún hay que explicar lo que se entiende por «inmunidad de jurisdicción». De particular importancia en la práctica será la cuestión de si incluye, como seguramente tendrá que hacerlo, la inviolabilidad de la persona, como el derecho a no ser detenido ni privado de libertad. Tal vez la Comisión vuelva a tratar esta cuestión en 2018, año en que, con suerte, se retomarán los aspectos procesales del tema, que son trascendentales.

77. De hecho, como ha dicho antes, no cree que la Comisión pueda considerar seriamente la posibilidad de abordar las excepciones, excepto tal vez de forma estrictamente preliminar, sin saber nada acerca de las cuestiones procesales que se le propondrán. La Comisión —y los Estados— necesitan conocer el panorama general. Por ejemplo, en el párrafo 245 del informe puede verse que la Relatora Especial no ha incluido la que es quizá la principal excepción y, a la vez, la menos controvertida, a saber, la renuncia. Si se abordaran las excepciones sin incluir la renuncia se estaría ofreciendo una imagen sumamente engañosa. Parece claro que el Comité de Redacción no puede abordar de forma definitiva las cuestiones planteadas en el proyecto de artículo 7 hasta que la Comisión haya recibido y debatido las propuestas de la Relatora Especial sobre las cuestiones procesales conexas, que se examinarán en el sexto informe, que no estará disponible, en principio, hasta 2018.

78. Para concluir, el orador dice que ahora correspondería a la Comisión decidir la manera de proceder en relación con el tema, sobre la base de otro estudio detenido y de un informe de la Relatora Especial acerca de las cuestiones procesales, o, al menos, una indicación de la medida en que la Relatora Especial está de acuerdo con lo que dijo el anterior Relator Especial sobre el procedimiento en su tercer informe. Como ya ha dicho, el orador no apoya que se remita el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, pero espera con interés que, más adelante, durante el período de sesiones, la Comisión lleve a cabo ulteriores consultas oficiosas, mencionadas anteriormente por la Relatora Especial, acerca de esas cuestiones, sobre la base de un breve documento de trabajo presentado por la Relatora Especial.

79. El Sr. HMOUD dice que desea señalar que se entiende que los miembros que intervinieron sobre el tema en el período de sesiones anterior tienen derecho a hacer uso de la palabra nuevamente, por ejemplo, si desean responder a alguna de las cuestiones que se planteen en el período de sesiones en curso.

80. El Sr. NGUYEN desea dar las gracias a la Relatora Especial por su quinto informe, que califica de muy bien documentado. Aunque supera el límite de páginas especificado, su extensión es aceptable, habida cuenta de la complejidad del tema que se examina, que, por otra parte, es muy delicado. No obstante, el análisis de causas y la referencia a la práctica de los Estados en lo que respecta a Asia deben ampliarse. Por ejemplo, en la sección que trata sobre la práctica judicial nacional, solo en una nota a pie de página, la segunda nota del párrafo 110, se menciona la causa *Bo Xilai*, de la que conoció el Tribunal de Primera Instancia de Bow Street, en el Reino Unido, en

relación con la solicitud de una orden de detención contra un Ministro de Comercio de China. La ausencia de ejemplos que ilustren la práctica regional podría influir en las conclusiones de la Relatora Especial sobre las cuestiones examinadas en el informe.

81. Al igual que otros oradores, opina que es necesario lograr un equilibrio entre la *lex lata* y la *lex ferenda*, de conformidad con el mandato de la Comisión. Asimismo, debe alcanzarse un equilibrio entre la necesidad de castigar a los autores de crímenes internacionales y el respeto a la soberanía de los Estados.

82. El orador está de acuerdo con el razonamiento empleado por la Relatora Especial para no utilizar los términos «límites» y «excepciones» en el proyecto de artículo 7. No obstante, como la formulación del título y el contenido del proyecto de artículo se refieren más a la noción de «excepción» que a la de «límite», la cuestión de los límites y excepciones debe quedar más clara. En particular, está de acuerdo con otros miembros de la Comisión que intervinieron en el anterior período de sesiones en que la Relatora Especial debe aclarar la naturaleza jurídica de las excepciones a la inmunidad por los delitos enumerados en el proyecto de artículo 7. En el párrafo 219 del informe, la Relatora Especial menciona solo dos categorías de crímenes internacionales: la primera incluye delitos típicos de la delincuencia organizada internacional, como la piratería, la corrupción y la trata de personas, mientras que la segunda comprende crímenes tales como los de guerra y los de lesa humanidad. No obstante, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 se prevén tres categorías de delitos en relación con los cuales no se aplica la inmunidad: los crímenes internacionales que socavan los valores jurídicos fundamentales de la comunidad internacional, los crímenes de corrupción y los crímenes cometidos en el territorio del Estado del foro. Si bien en el párrafo 219 se menciona el *apartheid*, junto con otros crímenes internacionales como el genocidio, en el proyecto de artículo 7 se ha omitido sin que exista una razón clara. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 deben incluirse todos los crímenes internacionales universalmente reconocidos como tales y que entran en el ámbito de la jurisdicción internacional, incluido el *apartheid*.

83. El crimen de agresión no se ha incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 por las razones aducidas en el párrafo 222 del informe. La identificación de un acto de agresión entra dentro de la responsabilidad y las funciones del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y de la Asamblea General en caso de que se produzca un estancamiento en el Consejo de Seguridad. De conformidad con el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se prevé que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta. Además, el crimen de agresión figura en el artículo 16 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996²¹⁰. Por tanto, el crimen de agresión debe inscribirse en el ámbito de la jurisdicción internacional, no en el de la jurisdicción

²¹⁰ El proyecto de código aprobado por la Comisión en 1996 figura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

interna. Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional. Por consiguiente, en vista de lo que antecede, en las jurisdicciones nacionales no debe haber ninguna norma de inmunidad por un crimen de agresión cometido por funcionarios del Estado. Así pues, el orador está de acuerdo con otros miembros que, en el anterior período de sesiones, propusieron que se incluyera ese crimen en la lista de las excepciones a la inmunidad.

84. Por lo general, el derecho consuetudinario reconoce la inmunidad *ratione personae* para los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en todas las circunstancias. Por tanto, teniendo presente la necesidad de mantener la coherencia con el párrafo 2, debe insertarse el término «*ratione materiae*» después de «inmunidad» en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, a fin de calificar inequívocamente el tipo de inmunidad en cuestión. Esa mención también reflejaría el espíritu del derecho internacional y el tratamiento a nivel nacional de los crímenes cometidos por funcionarios extranjeros, sin distinción alguna en razón del cargo oficial. El párrafo debe abrir la puerta a la posibilidad de que se incluyan nuevos crímenes internacionales fundamentales que sean reconocidos universalmente como tales, punibles y a los que no se aplique la inmunidad. Algunas leyes nacionales como, por ejemplo, el Código Penal de 2015 de Viet Nam, disponen que las cuestiones de responsabilidad penal y las excepciones a la inmunidad han de resolverse por vía diplomática caso por caso.

85. Entre las diversas formas de delincuencia organizada internacional, el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *b*, se refiere únicamente a los crímenes relacionados con la corrupción. Esto podría explicarse por la preocupación que puede existir a causa de la amenaza que esos crímenes representan para el desarrollo sostenible y la estabilidad y seguridad de las sociedades, así como por la necesidad de dar prioridad a la lucha contra la corrupción a todos los niveles. A pesar de que 181 Estados son ya parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, las excepciones a la inmunidad por crímenes de corrupción deben considerarse teniendo en cuenta una serie de factores, como la naturaleza económica de los crímenes de que se trata y si los actos en cuestión se llevaron a cabo a título particular u oficial. En el comentario se deben aclarar las circunstancias pertinentes. Habría que ampliar la explicación que se ofrece en los párrafos 230 a 234 del informe para apoyar la inclusión de los crímenes relacionados con la corrupción. A ese respecto, la nota al final de la penúltima frase del párrafo 230 no respalda la apreciación de que, por lo general, la respuesta de los tribunales nacionales ha consistido en denegar la inmunidad; para sustentar esa afirmación se necesitan más pruebas relativas a la práctica nacional. Además, debe tenerse en cuenta que en el artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sobre la protección de la soberanía, figuran disposiciones relativas al respeto de la igualdad soberana y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Por consiguiente, la referencia en el proyecto de artículo a los crímenes relacionados con la corrupción debe ir acompañada de la obligación de no socavar la soberanía ni interferir en los asuntos internos de los Estados.

86. Si bien apoya la inclusión del concepto de la excepción territorial en el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *c*, el orador tiene dudas acerca del uso de la conjunción «o» en «crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes». Podría sugerir que, aun en el caso de que los crímenes en cuestión solo ocasionen daños a la propiedad, los funcionarios estatales perderán su derecho a invocar la inmunidad. En realidad, los delitos graves causan daño tanto a las personas como a los bienes; debe especificarse el alcance de los daños.

87. En conclusión, recomienda que se remita el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

3361ª SESIÓN

Viernes 19 de mayo de 2017, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Georg NOLTE

Miembros presentes: Sr. Argüello Gómez, Sr. Cissé, Sra. Escobar Hernández, Sra. Galvão Teles, Sr. Gómez Robledo, Sr. Grossman Guiloff, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sr. Jalloh, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sra. Lehto, Sr. Murase, Sr. Nguyen, Sra. Oral, Sr. Ouazzani Chahdi, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Rajput, Sr. Reinisch, Sr. Ruda Santolaria, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/703, cap. II, secc. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893)

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (continuación)

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

2. El Sr. TLADI desea felicitar a la Relatora Especial por su informe detallado y bien documentado. Sin embargo, dado que la Comisión ha aprobado provisionalmente varios proyectos de artículo sobre la definición de la inmunidad y ha distinguido la inmunidad *ratione personae* de la inmunidad *ratione materiae*, el capítulo III del informe parece completamente superfluo. El informe presta demasiada atención a decisiones de la Corte Internacional de Justicia que ya se han analizado hasta la saciedad en la Comisión. Se ha consagrado una parte excesiva del informe a cuestiones marginales que, a juicio de la Comisión, exceden del alcance del tema, como la inmunidad de jurisdicción civil, la inmunidad del Estado como tal y la inmunidad resultante de instrumentos y la jurisprudencia de tribunales internacionales. No