

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

obstante, el orador coincide con la Relatora Especial en que la cuestión de las excepciones o los límites es importante, quizás incluso fundamental, para el tema.

3. Ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ni la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, a las que se hace referencia en el capítulo II del informe, guardan relación directa con el tema. El proyecto de artículo 1<sup>211</sup>, ya aprobado provisionalmente en el marco del tema, establece que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las reglas especiales aplicables, entre otros, a los diplomáticos y los funcionarios consulares. El proyecto de artículo 1 también deja claro que el proyecto de la Comisión se limita a las actuaciones penales, lo que hace que tanto la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal como el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, citados en el párrafo 28 para justificar la excepción territorial, carezcan de toda relevancia.

4. En el párrafo 29 del informe, en lo que parece un intento por ampliar la excepción territorial al ámbito penal, la Relatora Especial alude al párrafo 4 del comentario de la Comisión al proyecto de artículo 12 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>212</sup>. Sin embargo, en dicho comentario no hay elemento alguno que justifique esa ampliación. El párrafo 4 se limita a recordar que, si bien el proyecto de artículo 12 es aplicable fundamentalmente a los daños ocasionados por negligencia, nada impide que se pueda aplicar a los daños causados de manera intencional. La sugerencia de la Relatora Especial de que ello implica una ampliación a la jurisdicción penal se basa en la presuposición errónea de que los daños intencionales solo pueden examinarse en un procedimiento penal.

5. En el párrafo 225, la Relatora Especial afirma que la excepción territorial ha sido recogida «en todas las legislaciones nacionales que regulan la inmunidad, a excepción de la del Pakistán». En primer lugar, todos los instrumentos a que se refiere en el informe se refieren a la inmunidad del Estado como tal. En segundo lugar, la afirmación es inexacta, ya que la Ley de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos de Sudáfrica, que regula la inmunidad de los funcionarios que no son diplomáticos, no prevé esa excepción.

6. Por lo que tiene entendido el orador, algunos de los casos citados en la nota a pie de página de la última frase del párrafo 227 se refieren a procesos civiles, no penales. En el asunto *Letelier v. Republic of Chile*, por ejemplo, la única persona condenada por la vía penal había sido un nacional estadounidense que no gozaba de inmunidad de jurisdicción de los tribunales estadounidenses. Además, el caso se refería a la ejecución de una sentencia que afectaba a bienes del Gobierno de Chile, que es una cuestión civil. El asunto *Ferrini c. República Federal de Alemania*, en el cual la cuestión jurídica fundamental era la inmunidad del Estado, también se refería a un procedimiento civil. No está claro que la causa *Jiménez v. Aris-teguieta*, a la que se alude en la nota a pie de página,

avale la existencia de una excepción a la inmunidad, dado que el tribunal de la causa sostuvo que el recurrente no actuaba en su condición de funcionario del Estado.

7. Un asunto citado en la misma nota de pie de página que parece relevante por implicar a un funcionario y no enmarcarse en un procedimiento civil es *Khurts Bat*. El asunto es complicado, pero, por lo que entiende el orador, no respalda la excepción territorial. Habría sido útil que la Relatora Especial hubiera explicado sucintamente por qué todos los asuntos citados, o al menos algunos de ellos, corroboran el argumento que ella esgrime.

8. En el párrafo 33 del informe, la Relatora Especial menciona una serie de tratados que se ocupan de los crímenes más graves de derecho internacional y cita disposiciones específicas de esos tratados. Sin embargo, durante el debate del tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/704), la mayoría de los miembros de la Comisión opinaron que, en principio, esas disposiciones se referían a la cuestión de la responsabilidad y, por ende, no suprimían ninguna inmunidad procesal que correspondiese a una persona.

9. La Relatora Especial también menciona que en la definición de tortura presente en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se hace referencia a los agentes del Estado. No obstante, de acuerdo con la Convención, el Estado con jurisdicción territorial tiene el deber primordial de enjuiciar los actos de tortura, incluidos los cometidos por sus propios funcionarios, cuando la inmunidad prevista en el derecho internacional no sea de aplicación. Por tanto, la mera inclusión de la alusión a los agentes del Estado constituye una base inadecuada para llegar a la conclusión de que la Convención elimina la inmunidad.

10. En el párrafo 37 del informe, la Relatora Especial parece sugerir que varias convenciones de lucha contra la corrupción eliminan la inmunidad, cosa que no se corresponde en absoluto con la realidad. A lo sumo, una lectura correcta de las convenciones pone de manifiesto que se ajustan al derecho internacional relativo a las inmunidades. Si bien es cierto que el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contiene una referencia al ofrecimiento o la concesión a un funcionario público extranjero de un beneficio indebido, la disposición no prevé el enjuiciamiento del «funcionario público extranjero», sino el del ciudadano del Estado en cuestión. Asimismo, en el artículo 16, párrafo 2, se insta simplemente a los Estados a «considerar» la posibilidad de tipificar como delito la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero de un soborno, lo cual parece sugerir que puede haber un impedimento legal para el enjuiciamiento de funcionarios extranjeros, particularmente si provienen de Estados que no son parte en la Convención. En cualquier caso, la nota interpretativa que acompaña al artículo 16 deja claro que el artículo no afecta a las normas de derecho internacional relativas a las inmunidades.

11. Al igual que Sir Michael Wood, el orador duda de que los casos sustanciados ante tribunales internos mencionados en la nota a pie de página del párrafo 230 sirvan de fundamento al argumento de la Relatora Especial.

<sup>211</sup> *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), págs. 43 y 44.

<sup>212</sup> *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), págs. 46 y 47.

Desde una perspectiva metodológica, habría sido quizás mejor describir en mayor detalle esos casos a fin de que la Comisión pudiera expresar una opinión, ya que las referencias breves en una nota a pie de página no facilitan los debates exhaustivos.

12. Las únicas conclusiones que pueden extraerse de la práctica convencional a la que se hace referencia en el informe son las siguientes: no pone de manifiesto ninguna excepción a las normas que rigen la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios; existe una cantidad significativa de práctica que apunta a excepciones con respecto a la inmunidad de los propios Estados, pero eso no afecta necesariamente a la inmunidad de los funcionarios, y las excepciones que se han establecido con respecto a la inmunidad de los funcionarios se enmarcan en la jurisdicción civil.

13. En el párrafo 44 se abordan leyes nacionales que regulan las inmunidades jurisdiccionales, entre las cuales la Relatora Especial incluye la Ley de Inmunidades de Estados Extranjeros de Sudáfrica. Sin embargo, esta Ley no se ocupa en absoluto de la inmunidad de los funcionarios. Es verdad, como se señala en el informe, que la Ley menciona a los Jefes de Estado, pero únicamente en la medida en que personifican al Estado. Una ley promulgada en Sudáfrica que sí es aplicable a funcionarios concretos es la Ley de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, que, pese a su nombre, no solo hace referencia a los diplomáticos, sino también a otros cargos, incluidos los Jefes de Estado como tales (inmunidad *ratione personae*). Cabe destacar que la Ley no prevé ninguna excepción a la inmunidad. En relación con las leyes promulgadas que describe la Relatora Especial en los párrafos 47 a 53 del informe, por lo que entiende el orador, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá son de aplicación, fundamentalmente, a la inmunidad de los propios Estados y a procedimientos civiles, no penales.

14. La sección del informe dedicada a la práctica judicial internacional es excesivamente larga y gran parte de lo que en ella se expone, en particular en relación con la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, ya se había analizado en el primer informe de la Relatora Especial<sup>213</sup>. Asimismo, muchas de las cuestiones puestas de relieve en los párrafos 61 a 71 en relación con la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* son irrelevantes para la cuestión de las excepciones. La relación entre la inmunidad y la impunidad y la existencia de un modelo alternativo para deducir la responsabilidad penal de una persona, aspectos que se tratan en los párrafos 63 a 67, no dicen nada nuevo sobre las excepciones a la inmunidad. La opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh, que el orador comparte, analiza si un Ministro de Relaciones Exteriores debe gozar de inmunidad *ratione personae*, cuestión que la Comisión zanjó —erróneamente, a juicio del orador— en 2013. A los efectos del informe examinado, la única conclusión

que puede extraerse de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* es que no hay ninguna excepción a la inmunidad *ratione personae*; no se puede llegar a ninguna conclusión en relación con la inmunidad *ratione materiae*.

15. Aunque, en el párrafo 86 del informe, la Relatora Especial afirma que no pretende analizar en detalle la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, eso es lo que precisamente hace en los párrafos 73 a 86. En el párrafo 74, se dice que la causa es objeto de examen en relación con «la naturaleza de la inmunidad y su relación con la jurisdicción y el régimen de la responsabilidad internacional del Estado». Sin embargo, esas cuestiones son accesorias frente al objeto central del informe: las excepciones. En realidad, de los párrafos del quinto informe consagrados a la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, únicamente los párrafos 79, 80, 83 y 85 son relevantes para la cuestión de las excepciones. El mensaje que cabe extraer de esos párrafos es que, según la Corte, no hay excepciones a la inmunidad por crímenes graves ni excepción territorial con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

16. La sección del informe relativa a los tribunales penales internacionales es demasiado extensa, en particular teniendo en cuenta que la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera y la inmunidad de la jurisdicción de los tribunales internacionales son dos asuntos completamente diferentes. En el párrafo 108, la Relatora Especial afirma que las decisiones de los tribunales penales internacionales que ha analizado «permiten concluir que los tribunales penales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, han rechazado de forma absoluta la posibilidad de que la inmunidad de los funcionarios del Estado, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, sea oponible ante dichas jurisdicciones». Sin embargo, esa afirmación no captura todos los matices de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, ha sido, cuando menos, mal entendida y fuente de confusiones en lo que se refiere a la inmunidad. En las causas relativas a la falta de cooperación de Malawi y el Chad en el arresto del Presidente Omar Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte descartó sin paliativos la posibilidad de que los funcionarios del Estado gozaran de inmunidad de la jurisdicción de la Corte. No obstante, en su decisión sobre la obligación de la República Democrática del Congo de cooperar, decidió —erróneamente, a juicio del orador— que el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no afectaba a los Estados que no eran parte, cuyos Jefes de Estado mantenían, por ende, sus inmunidades, incluso ante la Corte.

17. En el párrafo 113 del informe, la Relatora Especial menciona las sentencias de los tribunales sudafricanos que juzgaban el hecho de que no se hubiera detenido al Presidente Al Bashir durante su participación en la Cumbre de la Unión Africana que tuvo lugar en Johannesburgo en 2015. Contrariamente a lo que se suele creer, el Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica entendió que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, la inmunidad de jurisdicción era absoluta y que no cabía excepción alguna a esa norma con arreglo al

<sup>213</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654.

derecho internacional<sup>214</sup>. También concluyó que existía la obligación de detener al Presidente Al Bashir, pero únicamente en virtud de la legislación nacional, no del derecho internacional. La decisión del Tribunal puede constituir un importante ejemplo de práctica que podría, en caso de que concurrieran las circunstancias adecuadas, impulsar el desarrollo del derecho. No obstante, en última instancia, tiene que valorarse en relación con la práctica del poder ejecutivo e incluso del poder legislativo de Sudáfrica, que en estos momentos está estudiando la posibilidad de derogar o modificar la legislación en la que se basó la resolución del Tribunal Supremo. El 7 de abril de 2017, el Gobierno de Sudáfrica declaró ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional que, a su juicio, la inmunidad de los Jefes de Estado ante los tribunales nacionales era absoluta. Estas afirmaciones son un ejemplo importante de práctica que debe tenerse en cuenta al evaluar la situación del derecho internacional con respecto a la cuestión de la inmunidad, al igual que las causas anteriores que juzgaban el hecho de que no se hubiera detenido al Presidente Al Bashir y las causas posteriores en Djibouti, Uganda y Jordania. En cualquier caso, la conclusión a la que llega la Relatora Especial en el párrafo 121 del informe es probablemente acertada y transmite la esencia de lo que la Comisión debe incluir en el proyecto de artículo 7.

18. El orador no ve ninguna base en el informe que avale el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *b* y *c* en su forma actual. Las convenciones de lucha contra la corrupción que presuntamente sientan la base del proyecto de artículo 7, párrafo 1 *b*, no pueden justificar la conclusión de que, de acuerdo con el derecho internacional, existe una excepción a la norma relativa a la inmunidad *ratione materiae*. Aunque algunos funcionarios han sido enjuiciados por actos de corrupción, el hecho de que no se hayan considerado actos realizados a título oficial quiere decir que no se ha planteado de entrada la cuestión de la inmunidad. Del mismo modo, no hay ningún elemento que apoye la excepción territorial que figura en el artículo 7, párrafo 1 *c*. La práctica a la que se alude en el informe guarda relación, en principio, con procedimientos civiles, no penales, por lo que no puede constituir la base de un proyecto de artículo.

19. Si bien el orador comparte la orientación del proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, cree que debería abarcar los cuatro crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma y, posiblemente, la tortura. Debería incluirse el crimen de agresión. Coincide en que los Estados apoyan en general las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en caso de crímenes graves. Siempre que la Comisión evite las palabras «desarrollo progresivo» y «*lex ferenda*» en el comentario, el orador está seguro de que se podrán encontrar formas de reflejar que el derecho relevante se encuentra en un estado de cambio.

20. El orador aprueba el proyecto de artículo 7, párrafo 2, pero también sería partidario de aceptar la propuesta de Sir Michael Wood de suprimir el párrafo y limitarse a especificar que el proyecto de artículo es aplicable únicamente a la inmunidad *ratione materiae*.

<sup>214</sup> Véase la 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*).

21. Esa propuesta resolvería el problema que le plantea el proyecto de artículo 7, párrafo 3, que, pese a su formulación como cláusula «sin perjuicio», afecta absolutamente a otras disposiciones. Todo cuanto ha hecho la Comisión ha sido entendido sin perjuicio de otros regímenes convencionales. Por tanto, ¿por qué debe incluirse una cláusula «sin perjuicio» en el proyecto de artículo 7, párrafo 3? Si va a incluirse una cláusula de ese tipo, debe redactarse de forma tal que sea aplicable al proyecto de artículos en su conjunto, no solo a una disposición.

22. El Sr. KOLODKIN dice que el quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado persigue un objetivo específico: trazar límites estrictos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en vista de que dicha inmunidad, a ojos de la Relatora Especial y de otras personas que comparten su parecer, dificulta que se someta a la acción de la justicia a los responsables de crímenes internacionales y, por tanto, obstaculiza el ejercicio y la defensa de los derechos humanos. A juicio de la Relatora Especial, la inmunidad se opone diametralmente a los derechos humanos y a la responsabilidad en caso de que estos sean conculcados.

23. Al final de cada discurso, Catón el Viejo solía decir «*Cathago delenda est*» («Cartago debe ser destruido»). Modificándola ligeramente para que rece «La inmunidad debe ser destruida», la frase puede utilizarse para concluir o comenzar no solo el quinto informe de la Relatora Especial, sino todos ellos. El quinto informe se basa completamente en la destrucción de la inmunidad, que la Relatora Especial utiliza como justificación de los límites o las excepciones a la inmunidad. El orador cita los párrafos 179, 180, 181, 184, 189 y 190 del quinto informe y señala que la Relatora Especial rebate con habilidad todos, o prácticamente todos, los argumentos a favor de la inmunidad, incluidos los que figuran en los fallos de la Corte Internacional de Justicia. La Relatora Especial siembra la duda respecto de la naturaleza procesal de la inmunidad en el contexto de la jurisdicción penal. Para ella, la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado no es equivalente de la inmunidad del Estado. Siguiendo ese razonamiento, afirma que la inmunidad de jurisdicción penal y las normas de *ius cogens* que prohíben determinados actos se sitúan en el mismo plano de derecho sustantivo y que las normas imperativas prevalecen sobre las normas relativas a la inmunidad. Se trata de un planteamiento contundente contra la inmunidad *ratione materiae*, elaborado hábilmente por una gran especialista del derecho.

24. El orador la felicita por su informe, pero no puede compartir ni su enfoque del tema ni gran parte de su argumentación, en particular la que figura en los párrafos 190 a 217, ni tampoco el proyecto de artículo 7. Por una parte, el orador suscribe prácticamente cuanto han dicho Sir Michael Wood, en el actual período de sesiones, y el Sr. Huang y el Sr. Singh, en el período de sesiones anterior.

25. En los seis años que han transcurrido desde que el orador presentó su tercer informe, ni la práctica y la *opinio iuris* de los Estados, ni la posición de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni el análisis del tema en la Comisión, ni la

doctrina ofrecen ningún argumento por el que deban revisarse las principales conclusiones formuladas en los tres informes del orador<sup>215</sup>. En su segundo informe, se ocupó de las excepciones a la inmunidad y se basó en el fallo emitido en 2002 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. Si bien ese fallo contó con la oposición de tres magistrados y fue criticado por la doctrina, el propio orador sostuvo que la Corte no solo acertó, sino que también fue congruente con su posición sobre la inmunidad, como puede comprobarse en su fallo de 2008 en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. En su fallo de 2012 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte confirmó la postura que había adoptado en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y, por consiguiente, las conclusiones que el orador defendió en sus propios informes. El hecho de que el fallo se refiriera a la inmunidad de jurisdicción civil, y no penal, del Estado no cambia nada. El fallo demuestra que las decisiones adoptadas por los tribunales italianos vulneraron las obligaciones jurídicas internacionales de Italia dimanantes de las normas relativas a la inmunidad del Estado. En 2014, el Tribunal Constitucional de Italia declaró que el fallo de la Corte Internacional de Justicia era contrario a la Constitución de Italia y que una ley de 1957 sobre el cumplimiento de la Carta de las Naciones Unidas, en particular su Artículo 94, era inconstitucional<sup>216</sup>.

26. Con el debido respeto por la jurisprudencia italiana, el orador ha de decir que esa sentencia del Tribunal Constitucional está lejos de ser indiscutible. No obstante, se dedica a ella gran parte del quinto informe de la actual Relatora Especial. En el párrafo 122, habla del «interés» de la sentencia; es evidente a ojos del lector que la utiliza para respaldar su propia postura. Nada dice del hecho de que la sentencia contradiga directamente el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* o de que la ejecución de esa sentencia podría dar lugar a la responsabilidad internacional de Italia, entre otras cosas por contravenir el Artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Los tribunales italianos han adoptado posteriormente una serie de decisiones que van en contra de la posición de la Corte Internacional de Justicia. En opinión del orador, una práctica judicial nacional como la de Italia no puede servir de base a las conclusiones de la Comisión.

27. Como han manifestado en reiteradas ocasiones otros miembros de la Comisión, cada caso extraído de la práctica ha de ser analizado exhaustivamente y evaluado con precisión. Hay que entender las circunstancias que rodean el examen de la inmunidad en cada caso específico: ¿alegó el Gobierno la inmunidad del funcionario? ¿Se declaró que los actos del funcionario habían sido llevados a cabo a título oficial? ¿En qué fase se planteó la cuestión de la inmunidad? ¿Cómo reaccionó el Gobierno a la decisión del tribunal?

<sup>215</sup> 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).

<sup>216</sup> Véase la sentencia núm. 238/2014 del Tribunal Constitucional de Italia.

28. En este contexto, sería interesante saber si la cuestión de la inmunidad fue alegada y, de ser así, quién la alegó cuando un tribunal español emitió en 2013 y 2014 órdenes de detención contra el ex Presidente de la República Popular China y una serie de excargos chinos y en 2015 contra el Primer Ministro de Israel y otros siete cargos israelíes, algunos de ellos en funciones. No se detuvo a nadie después de que se emitieran esas órdenes; China e Israel expresaron su profundo descontento y surgió la pregunta de qué finalidad habían perseguido esas decisiones judiciales más allá de dañar las relaciones intergubernamentales. ¿De qué forma favorecieron esas decisiones la lucha en pos de los derechos humanos?

29. En prácticamente todos los asuntos judiciales, en las intervenciones en el seno de la Sexta Comisión y la Comisión y en la doctrina, se alude tanto a asuntos civiles como penales, si bien a menudo se hace hincapié en la necesidad de tener presente la diferencia entre la inmunidad de jurisdicción civil y la inmunidad de jurisdicción penal. Todo el mundo entiende que ambas situaciones difieren, pero también está claro que tienen mucho en común. ¿En qué coinciden y en qué se diferencian? A juicio del orador, la Corte Internacional de Justicia ha dado la clave para responder a esta pregunta. En los fallos que emitió en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte describe el derecho a la inmunidad de jurisdicción penal como una institución de derecho internacional de naturaleza esencialmente procesal. El derecho a la inmunidad rige el ejercicio del poder de jurisdicción respecto de un comportamiento dado, y es así totalmente distinto del derecho sustantivo que determina si el comportamiento es lícito o no.

30. De las decisiones de la Corte se pueden inferir varios elementos comunes a diversas subcategorías de la inmunidad. En todos los casos, la inmunidad es una norma de derecho internacional consuetudinario y tiene carácter procesal, no sustantivo. Las normas del derecho relativas a la inmunidad se limitan a determinar si la jurisdicción de un Estado puede ser ejercida respecto de otro Estado. El hecho de que la inmunidad pueda impedir el ejercicio de la jurisdicción en un caso concreto no afecta a la aplicabilidad de las normas sustantivas del derecho. La ilicitud de un acto y la gravedad de la ilicitud no afectan en modo alguno al hecho de que el acto se realizara a título oficial, y viceversa: que se llevara a cabo el acto a título oficial no lo hace lícito. La cuestión de la inmunidad ha de ser resuelta por un tribunal nacional como cuestión de derecho internacional antes de que pueda conocer del fondo del asunto y de que se puedan establecer los hechos. Por último, de las normas que se acaban de enumerar se desprende una norma: la ausencia de excepciones a la inmunidad de jurisdicción extranjera.

31. Y a la inversa, hay algunos aspectos del derecho relativo a la inmunidad que son característicos bien de la inmunidad de jurisdicción penal o bien de la inmunidad de jurisdicción civil. Muchas veces se invoca la primera en una fase preliminar, es decir, en un momento procesal anterior en comparación con los procedimientos civiles. De hecho, la cuestión de la inmunidad a menudo es resuelta por los fiscales antes de llegar a los tribunales

y, por tanto, el público en general a menudo no es consciente de los numerosos casos en los que la alegación de la inmunidad de jurisdicción extranjera ha surtido efecto. Asimismo, la cuestión de la inmunidad tiene que resolverse en una etapa en la que es todavía demasiado pronto para hablar de la comisión de un delito, de culpabilidad o de responsabilidad de la persona cuya inmunidad se examina, en vista de la presunción de inocencia que impera en esa fase.

32. También resulta de especial importancia en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera saber qué actos del Estado que ejerce la jurisdicción están excluidos por la inmunidad. ¿Obstruye la inmunidad la investigación o el enjuiciamiento de un funcionario extranjero? Sir Michael Wood planteó una pregunta similar sobre la relación entre la inmunidad y la inviolabilidad. Lamentablemente, la Relatora Especial no ha examinado estos aspectos, a pesar de que son importantes para formular disposiciones relativas al alcance o los límites de la inmunidad. Para los trabajos sobre el tema, resulta necesario saber con claridad qué normas son aplicables a todos los tipos de inmunidad y cuáles lo son únicamente a la inmunidad de jurisdicción extranjera.

33. Si bien el derecho internacional no admite ninguna excepción a la inmunidad, nada impide que los Estados hagan excepciones de ese tipo en las relaciones entre ellos, por ejemplo mediante la celebración de tratados. No obstante, el orador se pregunta si ese sería el tipo de desarrollo del derecho internacional que mejoraría la vida de la comunidad internacional. ¿Piensa realmente la Comisión que un mundo en que los Estados intentan procesar a funcionarios de otros Estados, como España intentó hacer recientemente en el caso de los cargos chinos e israelíes, sería un mundo mejor? ¿Considera verdaderamente que ese es el camino que hay que seguir para luchar por los derechos humanos y combatir la impunidad? ¿No piensa que, por el contrario, ello podría desencadenar nuevos conflictos entre Estados?

34. ¿No sería mejor adoptar la postura de que, de conformidad con el derecho internacional vigente, la inmunidad *ratione materiae* protege a los funcionarios del Estado que actúan como tales del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, con independencia de la gravedad de los actos de los que sean acusados, si bien no impide la investigación, el enjuiciamiento y la adopción de otras medidas? Para que la inmunidad *ratione materiae* excluya el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de un funcionario, tiene que ser alegada por el Estado del funcionario, es decir, el Estado tiene que reconocer los actos en cuestión como suyos. El Estado que se ha visto perjudicado por los actos del funcionario tendría en tal caso justificación para suscitar la cuestión de la responsabilidad del Estado del funcionario con arreglo al derecho internacional. Así, se podría sugerir que el Estado del funcionario debe revocar la inmunidad de este o recibir las pruebas recabadas para iniciar un proceso penal. Si el Estado no alega la inmunidad del funcionario, ello equivaldría a su revocación tácita.

35. No obstante, antes de adoptar esta postura, la Comisión tendría que considerar cuestiones de las que aún no se ha ocupado, empezando por los aspectos procesales

de la inmunidad. También podría proponer a los Estados un proyecto de artículo sobre las excepciones a la inmunidad, que distinguiría de los ya propuestos calificándolo de facultativo. Ahora bien, el orador no aceptaría la presentación de ese proyecto de artículo como un desarrollo progresivo o deseable del derecho internacional.

36. En cuanto al contenido del proyecto de artículo 7, el orador comparte las críticas de Sir Michael Wood y el Sr. Tladi y no está a favor de remitirlo al Comité de Redacción, al menos hasta que no se haya acordado cómo se presentará su estatus a los Estados: como parte del derecho internacional existente o como nuevo derecho.

37. La Sra. GALVÃO TELES dice que la práctica actual en materia de inmunidad no está lo suficientemente clara como para poder identificar enfoques aplicables a todos los aspectos de los límites y las excepciones a la inmunidad, en particular la inmunidad *ratione materiae*. Por ello, la Comisión debe decidir si emprende la labor de desarrollo progresivo en los ámbitos en los que la práctica no resulta clara pero también existen otros principios y valores del derecho internacional que deben tenerse en cuenta. La oradora alude a los párrafos 71, 72 y 75 de la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y dice que hay que lograr un equilibrio entre los principios de igualdad soberana, estabilidad en las relaciones internacionales e inmunidad, por una parte, y la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves, por otra.

38. En materia de inmunidad *ratione personae*, se podría adoptar sin duda un enfoque que favorezca la codificación y la *lex lata*. Sin embargo, con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, la oradora cree que la Comisión debe optar por el desarrollo progresivo y la *lex ferenda*, teniendo en cuenta las tendencias en la evolución de los valores y los principios del derecho internacional.

39. Suscribe la conclusión a la que se llega en el párrafo 240 del informe según la cual no es posible determinar, basándose en la práctica, la existencia de una norma consuetudinaria que permita la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia a favor de una norma de esa índole. Así quedó claramente de manifiesto en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, quizás el ejemplo jurisprudencial más importante en este ámbito. Sin embargo, no hay tanta claridad en el contexto de la inmunidad *ratione materiae*. La práctica no es inequívoca, pero parece revelar una tendencia a excluir la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado en casos de crímenes internacionales, como señalaron los tres magistrados en su opinión disidente del fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. En el informe se esgrimen varios argumentos para respaldar esa conclusión: los crímenes internacionales no pueden ser considerados «actos realizados a título oficial»; queda justificada una excepción a la inmunidad por la atrocidad y gravedad de los crímenes; la inmunidad puede menoscabar los valores y los principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, y la inmunidad es contraria al *ius cogens* en el caso de los crímenes internacionales.

40. La principal fuente del principio de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional consuetudinario. No obstante, la inmunidad *ratione materiae* ha de conjugar con varios tratados recientes que imponen a los Estados la obligación de enjuiciar o extraditar cuando se cometen determinados crímenes internacionales, como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. A juicio de la oradora, la tortura y la desaparición forzada deben ser añadidas a ese grupo, puesto que sus regímenes comparten algunas similitudes, incluida la obligación de enjuiciar a los responsables en el país. La Relatora Especial da ejemplos de jurisprudencia nacional que ilustran esa tendencia con respecto a la tortura y, en menor medida, la desaparición forzada. Ambos crímenes, junto con los tres mencionados anteriormente, constituyen los elementos básicos para los que existen práctica de los Estados y disposiciones claras en instrumentos internacionales.

41. Otras categorías que deben incluirse entre las excepciones a la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* son la corrupción y la «excepción territorial». En relación con la corrupción, que por regla general se define como el abuso de poder para lograr un beneficio personal, la razón para una excepción a la inmunidad *ratione materiae* debería ser que los crímenes de corrupción no pueden ser considerados «actos realizados a título oficial». El cargo oficial ejercido no es más que un simple medio para cometer esos crímenes, puesto que la persona abusa de su posición especial para fines particulares. Si bien el proyecto de artículo 6<sup>217</sup> relativo al alcance de la inmunidad *ratione materiae* puede bastar para excluir los crímenes de corrupción de la aplicación de la inmunidad, en aras de la claridad estos deberían mencionarse en el proyecto de artículo 7.

42. La propuesta de incluir en el proyecto de artículos una excepción territorial, sobre la base del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, es interesante desde una perspectiva práctica, pero podría argumentarse que el artículo 12 está formulado en términos demasiado generales, y una redacción más restrictiva podría resultar más apropiada en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado en contraposición a la inmunidad de los Estados.

43. En lo que concierne al proyecto de artículo 7 y la introducción del primer párrafo, la oradora coincide con la Relatora Especial en que la distinción entre límites y excepciones no tiene importancia en la práctica porque ambos términos entrañan las mismas consecuencias, a saber: la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por consiguiente, la oradora respalda la propuesta de que, a los efectos del proyecto de artículos, la frase «[I]a inmunidad no se aplicará» incluya tanto los límites como las excepciones.

44. En relación con el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, por las razones aducidas anteriormente, la oradora apoya que se incluyan referencias específicas al genocidio, los

crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y la desaparición forzada como crímenes internacionales respecto de los cuales la inmunidad no se debe aplicar. Se podrían añadir otros crímenes, pero la oradora considera que la redacción actual está suficientemente equilibrada y refleja la evolución del derecho internacional en materia de lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves. A excepción de la desaparición forzada, la formulación se corresponde con la resolución de 2009 del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en supuestos de crímenes internacionales, en la que se especifica que «no es aplicable a los crímenes internacionales ninguna inmunidad de jurisdicción que no sea la inmunidad personal amparada por el derecho internacional»<sup>218</sup>.

45. En cuanto a los «crímenes de corrupción» mencionados en el párrafo 1 *b*, la oradora respalda la propuesta de la Relatora Especial, puesto que los actos de corrupción no son «actos realizados a título oficial» y, por ende, no deben entrar dentro del alcance de la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, a la luz del proyecto de artículo 6, cabría otra posibilidad: explicitar en el comentario que los «crímenes de corrupción» no son «actos realizados a título oficial» y especificar qué crímenes entran dentro de esa categoría. En tal caso, no sería necesario mantener esa categoría en el proyecto de artículo propiamente dicho.

46. En relación con los crímenes enumerados en el apartado *c*, la excepción territorial resulta quizás más pertinente en el contexto de la inmunidad del Estado, y puede que el apartado esté redactado en términos excesivamente absolutos: podría interpretarse en el sentido de que abarca todo tipo de actividades llevadas a cabo por funcionarios del Estado en el Estado del foro. El anterior Relator Especial planteó otra posibilidad en su segundo informe, cuyo párrafo final reza: «Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad»<sup>219</sup>. También resultaría útil ilustrar, quizás en el comentario, los tipos de actos que comprende la excepción, como los asesinatos políticos, el espionaje, el sabotaje y el secuestro.

47. En cuanto al proyecto de artículo 7, párrafo 2, parece que la propuesta de la Relatora Especial es suficientemente clara y no se presta a controversias, puesto que refleja una práctica estatal sistemática y de larga data y el principio de igualdad soberana de los Estados. No obstante, sería necesario aclarar en el comentario que

<sup>218</sup> Véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 228 a 230, art. III, párr. 1. Puede consultarse en el sitio web del Instituto en [www.idi-ii.org](http://www.idi-ii.org), en el apartado «Résolutions».

<sup>219</sup> *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, pág. 460, párr. 94 *p*.

<sup>217</sup> *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 232.

se entiende sin perjuicio del principio de responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y de la necesidad de garantizar la existencia de mecanismos efectivos para combatir la impunidad de tales crímenes. La naturaleza procesal de la inmunidad no puede eximir al funcionario del Estado de su responsabilidad penal individual ni puede equipararse a la impunidad. Al respecto, debe añadirse en el comentario una referencia al párrafo 60 del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. La oradora respalda la importante cláusula «sin perjuicio» del párrafo 3; quizás, como ha propuesto el Sr. Tladi, la cláusula «sin perjuicio» debería aplicarse al proyecto de artículos en su conjunto.

48. Para concluir, la oradora está a favor de enviar el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción. Espera que la Comisión, en su nueva composición, siga abogando por el desarrollo progresivo y que sus trabajos sobre un tema de tanta importancia no interrumpen la tendencia, apreciable en el derecho internacional, a limitar las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, por lo menos respecto de los crímenes internacionales. En lo que concierne al plan de trabajo futuro propuesto por la Relatora Especial, aguarda con gran interés el sexto informe, que se ocupará de aspectos procesales de la inmunidad, así como la aprobación del proyecto de artículos en primera lectura.

49. El Sr. HASSOUNA dice que, si bien el quinto informe de la Relatora Especial supera la extensión recomendada, su análisis detallado e interesante contribuirá a comprender mejor las cuestiones en juego. Dado que para los Estados el asunto es importante y políticamente delicado, se debe tratar con prudencia a fin de que el resultado goce de un consenso general. Para ello, la Comisión debe tratar de equilibrar la preservación de las normas básicas del régimen de inmunidades existente y la respuesta a los esfuerzos actuales de la comunidad internacional por combatir la impunidad. Este enfoque debe centrarse en la armonización de la *lex ferenda* y la *lex lata* de conformidad con el mandato de la Comisión.

50. El orador valora el estudio exhaustivo que hace la Relatora Especial de la práctica judicial y de los Estados con respecto a la cuestión de las excepciones y los límites a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Esta práctica debe sentar las bases de la redacción de los artículos sobre el tema. No obstante, como han señalado algunos miembros, el estudio llevado a cabo por la Relatora Especial de la práctica es algo inusual. Acude a diversas fuentes para establecer la existencia de una tendencia en derecho internacional a reconocer las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y basa el proyecto de artículo 7 en dichas fuentes. Se plantean diversos problemas, como el hecho de que la Relatora Especial no distinga entre excepciones y límites ni presente un marco temporal que muestre la rapidez con la que ha evolucionado esa tendencia y que haga hincapié en diferentes fuentes del derecho dependiendo de la excepción que intenta establecer. Así pues, aunque se pone de manifiesto que existe una tendencia respecto de algunas excepciones, no existe tal en el caso de las otras excepciones enumeradas en el proyecto de artículo propuesto.

51. El análisis que hace la Relatora Especial de la naturaleza jurídica de la inmunidad y su relación con la jurisdicción, la responsabilidad y los planos nacional e internacional de la jurisdicción resulta útil, si bien, como han señalado algunos miembros de la Comisión, se trata de un asunto complejo. Por una parte, la búsqueda de la rendición de cuentas no debe considerarse un mecanismo para interferir en los asuntos internos de un Estado ni servir de excusa para someter a juicio político a un alto cargo. Por otra parte, es fundamental aplicar efectivamente las normas de *ius cogens* en todo el mundo. Existen numerosas maneras posibles de enjuiciar a un responsable de crímenes internacionales, como el enjuiciamiento por los tribunales nacionales, la renuncia a la inmunidad, el enjuiciamiento tras el cese en el ejercicio del cargo público y el enjuiciamiento por la justicia penal internacional. No obstante, estas alternativas no siempre resultan suficientes. Ambas perspectivas deben tenerse presentes al examinar las excepciones a fin de poder redactar un texto equilibrado que tenga en cuenta todas estas cuestiones. Evidentemente, el principio de igualdad soberana no es el único principio fundamental que reconoce el ordenamiento jurídico internacional. La protección de los derechos humanos, la justicia y el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de las fuentes del derecho internacional son indispensables para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional.

52. El párrafo 2 del proyecto de artículo es incontrovertible y su contenido está establecido en el derecho internacional consuetudinario. No obstante, al no abarcar los «crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica», como reza el título del proyecto de artículo, puede que la Comisión desee reformularlo. Algunos miembros han estimado que la referencia al carácter absoluto de la inmunidad *ratione personae* debe ser suprimida, pero el orador cree que es importante mantener excepciones a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* en la misma disposición para que la diferencia entre ambas sea explícita. La cláusula «sin perjuicio» del párrafo 3 es igualmente incontrovertible, aunque quizás la Comisión desee reformularla para señalar en el comentario el tribunal internacional al que la disposición se refiere. El concepto de renuncia debe ser incluido en el proyecto de artículo 7, párrafo 3, a fin de aclarar que, aunque la inmunidad *ratione personae* es aplicable a los casos en que se hayan cometido los crímenes previstos en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, la inmunidad no está sin embargo asegurada.

53. En relación con el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, si bien la Relatora Especial estableció de manera convincente en el informe que hay una tendencia a reconocer una excepción a la inmunidad con respecto a determinados crímenes internacionales, no queda claro por qué escogió únicamente los crímenes mencionados en ese apartado. Incluyó crímenes que, como se afirma en el párrafo 219 del informe, «atacan los valores jurídicos esenciales de la comunidad internacional entendida en su conjunto» y suelen ser considerados normas de *ius cogens*. Sin embargo, su lista omite la esclavitud, el *apartheid* y el crimen de agresión. La Relatora Especial afirmó que se había omitido el crimen de agresión porque podría tener demasiadas implicaciones políticas para la estabilidad de las relaciones entre Estados.



54. Los procesos judiciales nacionales citados en la primera nota a pie de página del párrafo 114 del informe ponen de manifiesto una tendencia general a reconocer una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en el caso de crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad. Por ello, el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, debe ser reformulado a fin de dotarlo de flexibilidad suficiente como para abarcar futuras normas de *ius cogens*. Con tal fin, debe incluir una lista de crímenes y dejar claro que la lista no es exhaustiva, sino ilustrativa de las normas de *ius cogens* con respecto a las cuales la inmunidad *ratione materiae* no puede ser de aplicación. Esa lista ilustrativa debe incluir el crimen de agresión, el *apartheid* y la esclavitud, incluidas las formas modernas de esclavitud. La agresión es una causa clara de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y no tiene sentido incluir estos y no el crimen de agresión. Su inclusión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a través de las enmiendas de Kampala, aunque no hayan entrado en vigor aún, demuestra que los Estados lo consideran un crimen internacional grave por el cual las personas deben ser enjuiciadas.

55. En relación con el crimen de *apartheid*, en el artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* se dispone que la responsabilidad penal internacional es de aplicación a los particulares y los representantes del Estado, con independencia del lugar en que estos residan y del lugar en que se perpetren los actos. En la Convención se establece esencialmente una excepción, en principio, a la inmunidad funcional de jurisdicción penal extranjera y se estipula que el *apartheid* es un crimen de lesa humanidad. El artículo 7, párrafo 1 *j*, del Estatuto de Roma lo reconoce como crimen cuando se comete en un contexto de crimen de lesa humanidad. Sin embargo, como no siempre es posible demostrar los elementos contextuales requeridos para establecer un crimen de lesa humanidad, el *apartheid* debe ser incluido por separado en la lista del proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*.

56. La esclavitud, incluidas las formas modernas de esclavitud como los trabajos forzosos y la trata de personas, también debe ser incluida por separado en la lista del proyecto de artículo propuesto. Se suele incluir entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pero debe ser incluida en la lista por separado, porque, una vez más, no siempre es posible demostrar los elementos contextuales requeridos para probar un crimen de lesa humanidad o el vínculo con un conflicto armado necesario para establecer que se trata de un crimen de guerra. La prohibición de la esclavitud, como la prohibición de la tortura y la desaparición forzada, está presente en diversos instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y numerosos instrumentos regionales, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Asimismo, la Convención sobre la Esclavitud de 1926 se concluyó específicamente no solo para poner fin a la esclavitud, sino también para evitar que «el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud». El Convenio (núm. 105) sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 y el Convenio (núm. 182) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999 de

la Organización Internacional del Trabajo también son relevantes porque pretenden acabar con formas modernas de esclavitud.

57. En aras de la claridad, el comentario al proyecto de artículo podría servir para especificar la fuente legal que debe utilizarse para determinar si la conducta de una persona se corresponde con uno de los crímenes internacionales enumerados a efectos de excluir la aplicación de su inmunidad funcional, dado que varias convenciones internacionales y regionales han adoptado diferentes definiciones de algunos de esos crímenes. La Relatora Especial también debe estudiar la posibilidad de añadir las aclaraciones oportunas al proyecto de artículo 7, párrafo 1, a fin de dejar claro el vínculo entre los crímenes en él enumerados y el funcionario del Estado cuya inmunidad esté en cuestión.

58. «Los crímenes de corrupción» deben ser eliminados de la lista de crímenes a los que la inmunidad no es aplicable, puesto que no hay suficiente práctica de los Estados o derecho convencional que avale su inclusión, y la Relatora Especial no ha demostrado de modo convincente que esté emergiendo en el derecho internacional una tendencia a reconocer una excepción. Ni la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ni el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, ni la Convención Interamericana contra la Corrupción contienen ninguna disposición general que se refiera a la inmunidad de los funcionarios del Estado, si bien sí reconocen explícitamente que esos funcionarios pueden practicar la corrupción. Las únicas convenciones relacionadas con la corrupción que hacen alusión a la inmunidad contienen disposiciones sumamente deferentes con la legislación nacional o una mera cláusula «sin perjuicio». Además, la Relatora Especial no cita ningún caso relevante de práctica judicial internacional o de legislación nacional que establezca la excepción a la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae* en casos de corrupción.

59. En relación con la práctica de los Estados en materia de corrupción, la Relatora Especial solo cita 3 asuntos nacionales en los que se haya aceptado la existencia de límites o excepciones a la inmunidad en casos de corrupción, en comparación con los 13 procedimientos por comisión de crímenes internacionales que cita. De esos 3 asuntos, 2 son de Europa y 1 es de Chile, lo cual difícilmente constituye una práctica «extendida» o «representativa» en el contexto del derecho internacional consuetudinario. La Relatora Especial parece reconocer que el fundamento para incluir la corrupción es algo endeble al afirmar que «podría» ser oportuno incluir una disposición que defina expresamente la corrupción como un límite o excepción a la inmunidad *ratione materiae*.

60. Asimismo, es posible considerar los crímenes de corrupción actos *ultra vires* que exceden el alcance del «cargo oficial» de un representante del Estado y, por ende, actos que no están cubiertos por la inmunidad funcional por efecto de la ley. De hecho, la Relatora Especial señala que, a la luz de los criterios establecidos en el cuarto informe<sup>220</sup>, puede considerarse que los crímenes de corrupción exceden el alcance del cargo oficial de un representante del

<sup>220</sup> Anuario... 2015, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686.

Estado. Por consiguiente, concluye que no «sería necesario analizarlos ahora desde la perspectiva de los límites y excepciones». Sin embargo, también señala que, en la práctica, la distinción entre actos oficiales y actos privados en el contexto de los crímenes de corrupción no siempre es nítida. Por ello, hay que determinar en cada caso concreto, y en el ámbito nacional, si los crímenes de corrupción exceden el alcance de la inmunidad funcional.

61. En el proyecto de artículo debe mantenerse la expresión «los crímenes que causen daños en personas», pero hay que dar una interpretación más restrictiva a la excepción. La Comisión parece convenir en que existe esa excepción, principalmente por la importancia del principio de territorialidad, y a la luz de la advertencia introducida por el Sr. Kolodkin en su segundo informe de que el crimen tiene que haber sido cometido por un funcionario extranjero que se encontrase en el territorio del Estado del foro sin el consentimiento expreso del Estado para desempeñar sus actividades oficiales<sup>221</sup>. El principal problema con la excepción más amplia que figura en el actual informe es que la Relatora Especial deduce la existencia de esa excepción del contexto de la jurisdicción civil y la ubica en el contexto de la jurisdicción penal. La mayoría de tratados relativos a la inmunidad del Estado y la mayor parte de la legislación nacional sobre la materia incluyen una «excepción territorial» en el contexto de la jurisdicción civil, que utiliza la Relatora Especial para apoyar la inmunidad en el contexto de la jurisdicción penal. Sin embargo, esos mismos tratados y esas mismas leyes no contienen excepciones en caso de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc. Si la Relatora Especial quiere acudir al derecho nacional para establecer excepciones en el derecho internacional consuetudinario, en tal caso también debe reconocer que no existen esas excepciones en dicha legislación. La excepción propuesta puede exponer a un funcionario del Estado extranjero al enjuiciamiento por delitos como la difamación, el impago de multas de estacionamiento y otros similares, puesto que la excepción análoga a la inmunidad de jurisdicción penal es sumamente amplia.

62. Por ello, el proyecto de artículo ha de ser modificado teniendo en cuenta los argumentos anteriores y utilizando quizás la formulación empleada en el segundo informe del Sr. Kolodkin. Además, todas las fuentes del derecho deben ser tratadas por igual: la Relatora Especial rebaja la importancia de la legislación nacional cuando omite excepciones a la inmunidad por crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad, pero hace hincapié en la legislación nacional en su análisis de la «excepción territorial».

63. En cuanto a su programa de trabajo futuro, la Relatora Especial podría estudiar la posibilidad de centrarse en la relación entre la inmunidad de los funcionarios del Estado y la prescripción de crímenes no incluidos en el actual proyecto de artículos. Es importante asegurarse de que el plazo de prescripción de los crímenes para los cuales no hay excepción o límite a la inmunidad no transcurra antes de que expire la inmunidad *ratione personae* del funcionario del Estado. Puede que la Relatora Especial también desee explicar en mayor medida la distinción

entre límites y excepciones en lo que se refiere a los aspectos procesales de la inmunidad.

64. Para concluir, el orador recomienda que se remita el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, junto con las propuestas pertinentes formuladas en el transcurso del debate.

65. El Sr. VALENCIA-OSPINA dice que, por circunstancias ajenas a la voluntad de la Relatora Especial, su quinto informe ha sido presentado por segunda vez a la Comisión, por lo que esta conoce de antemano los puntos de vista que sobre el tema expresaron los miembros de la Sexta Comisión en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General.

66. En cuanto a la cuestión de si el quinto informe concierne en realidad excepciones o límites a la inmunidad, el orador dice que todos los trabajos de la Comisión sobre el tema hasta la fecha se han basado en el entendimiento, explícito o implícito, de que la inmunidad de los funcionarios del Estado es, en general, aplicable, a menos que existan circunstancias excepcionales, un enfoque que podría ser calificado de «inmunidad por defecto». El quinto informe concierne los casos en que dicha inmunidad por defecto no es aplicable.

67. El alcance temporal de la inmunidad *ratione materiae* ha sido previsto en el proyecto de artículo 6, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones. Esta inmunidad se aplica a actos realizados a título oficial por funcionarios del Estado durante su mandato; si bien puede también invocarse una vez finalizado este, lo que importa es si el autor gozaba o no de dicha inmunidad en el momento de perpetrar el acto. El proyecto de artículo 6, párrafo 3, aclara que los autores que gozaban de inmunidad *ratione personae* en el momento de perpetrar el acto pueden invocar la inmunidad *ratione materiae* una vez terminado su mandato, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos que conforman dicha inmunidad. Si bien la Relatora Especial explica en el párrafo 241 de su quinto informe que la inmunidad *ratione personae* cesa una vez terminado el mandato, su planteamiento queda oscurecido por la dispersión de las referencias al elemento temporal de la inmunidad en los proyectos de artículo 4<sup>222</sup>, 6 y 7. Podría obviarse esta situación consolidando en un solo proyecto de artículo las varias referencias al elemento temporal de la inmunidad o, por lo menos, formulando el proyecto de artículo 7, párrafo 2, para eliminar todas las ambigüedades. Además, si bien una concepción tan amplia y sin restricciones de la inmunidad *ratione personae* puede quizás representar la actitud de la mayoría de los Estados, una serie de Estados se manifestaron, en el seno de la Sexta Comisión, a favor de limitarla, al menos en lo referente a los crímenes internacionales más graves, como el genocidio.

68. La lista cerrada de crímenes a los que no se aplica la inmunidad, que figura en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, es motivo de profunda inquietud. La experiencia ha demostrado que, si la Comisión decide proponer una lista tal, el resultado podría ser otro medio siglo de inmunidad absoluta para los crímenes internacionales no

<sup>221</sup> A/CN.4/631 (véase la nota 219 *supra*), pág. 456, párr. 82.

<sup>222</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

incluidos en la lista de excepciones. Si la Comisión decide elaborar dicha lista, la consideración de lo que debe incluirse y excluirse ha de hacerse con el mayor cuidado. El orador suscribe los argumentos esgrimidos en el anterior período de sesiones de la Comisión en favor de la inclusión del crimen de agresión en la lista de crímenes a los que no se aplica la inmunidad. Después de todo, las guerras de agresión fueron el primer crimen internacional enumerado en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)<sup>223</sup> formulados por la Comisión en 1950.

69. Aun cuando la tortura está correctamente incluida en la lista del proyecto de artículo 7, párrafo 1, el informe no es coherente en el planteamiento del tema. Por una parte, se menciona la renuncia implícita a la inmunidad por los Estados que hayan ratificado instrumentos como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes y, por otra, se alude a la premisa de que un rechazo de la jurisdicción puede llevar a la impunidad. También se pasa por alto la definición de la tortura que se recoge en la Convención, que especifica que, para que un acto sea definido como tortura, los dolores o sufrimientos ocasionados por dicho acto deben ser «infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia». Este requisito supone que, en la inmensa mayoría de casos, la «inmunidad por defecto» sería la norma.

70. Una cuestión que ha surgido con frecuencia en debates mantenidos en la Comisión y en la Sexta Comisión es si se pueden cometer crímenes internacionales en el ejercicio, a título oficial, de la autoridad estatal. Dada la estructura de los proyectos de artículo, la Relatora Especial parece haber tomado ya una decisión al respecto. Si la perpetración de dichos crímenes no puede constituir nunca un «acto realizado a título oficial», no habría *ab initio* inmunidad alguna para tales actos y, por tanto, la actual discusión acerca de cuáles son los crímenes a los que no se aplica la inmunidad sería superflua.

71. A diferencia de lo sostenido por algunos colegas, el orador no está convencido de que no exista relación de ningún tipo entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y la inmunidad de jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Se afirma tanto en el preámbulo como en el artículo 1 del Estatuto de Roma que la Corte Penal Internacional «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». Está claro que la Corte no dispone de los recursos para investigar y enjuiciar todos los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. La complementariedad y la limitación de los recursos de que dispone la Corte conllevan el germen de una eventual impunidad, en tanto no existan cortes y tribunales penales nacionales lo suficientemente vigorosos como para celebrar juicios en la gran mayoría de los casos. Por tanto, las inmunidades en el contexto de la Corte Penal

Internacional y de las jurisdicciones penales extranjeras han de ser congruentes.

72. A este respecto, es instructivo recordar la conceptualización hecha por un eminente antiguo miembro de la Comisión, el Sr. Georges Scelle, del «*dédoublement fonctionnel*» (desdoblamiento funcional), según el cual las instituciones nacionales realizan las tareas del ordenamiento jurídico internacional. Si las cortes y tribunales penales nacionales van a enjuiciar de manera efectiva crímenes internacionales, deberán disponer de una jurisdicción cuyo alcance sea comparable al de la Corte Penal Internacional.

73. Por último, el orador está a favor de que el proyecto de artículo 7 sea enviado al Comité de Redacción para su examen a la luz de las opiniones expresadas durante el presente debate.

*Se levanta la sesión a las 12.45 horas.*

## 3362ª SESIÓN

*Martes 23 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. Laraba, Sra. Lehto, Sr. Murase, Sr. Murphy, 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, 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 Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene importantes implicaciones para los Estados, en particular en lo que respecta a los procedimientos judiciales sustanciados en los tribunales nacionales. Está de acuerdo, en general, con el enfoque de esa cuestión adoptado por la Relatora Especial en su quinto informe sobre el tema (A/CN.4/701) y con su análisis en profundidad de la práctica judicial nacional e internacional a ese respecto. Su argumento sistémico a favor de la no aplicabilidad de la inmunidad respecto de los crímenes internacionales más graves también es importante.

2. En su informe, la Relatora Especial señala que un gran número de Estados han apoyado la existencia de

<sup>223</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 a 378, párrs. 97 a 127. Por lo que respecta a la versión en español, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12 (A/1316)*, págs. 11 y ss.