

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)²²³ 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 Crueles, 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

²²³ *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.

diversas excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, siendo la principal la comisión de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Como ha observado la Comisión en numerosas ocasiones, el derecho internacional es un sistema jurídico cuyas normas y principios funcionan en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en ese contexto. En su opinión consultiva relativa a la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, la Corte Internacional de Justicia declaró que una norma de derecho internacional, consuetudinario o convencional, no se aplicaba en el vacío; se aplicaba en relación con hechos y en el contexto de un marco más amplio de normas jurídicas del que formaba solo una parte (véase el párrafo 10 de la opinión).

3. En su examen del tema, la Comisión debe establecer un equilibrio entre la igualdad soberana de los Estados y la estabilidad de las relaciones internacionales, por un lado, y la prevención y sanción de los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, por otro. El hecho de que los tribunales penales internacionales establecidos por la comunidad internacional estén limitados en algunos aspectos, por ejemplo en el ámbito de su competencia o en su presupuesto de funcionamiento, aumenta la importancia de la función de los tribunales nacionales y la cooperación entre Estados para prevenir y combatir la impunidad por la comisión de esos graves crímenes.

4. Sobre la base de su análisis de la práctica, fundamentado por la doctrina de los publicistas, la Relatora Especial concluye acertadamente que no es posible determinar la existencia de una norma consuetudinaria que permita la aplicación de límites o excepciones a la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia en ese sentido. No obstante, en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, la Relatora Especial llega a la conclusión de que es posible determinar la existencia de una norma consuetudinaria que excluye la aplicabilidad de esa inmunidad respecto de los crímenes internacionales más graves, o al menos de una clara tendencia a reconocer la aparición de dicha norma.

5. Esa conclusión refleja la evolución del derecho penal internacional desde la Segunda Guerra Mundial, en particular la aprobación de tratados que obligan a los Estados a establecer la competencia de sus tribunales nacionales respecto de los crímenes internacionales. La aplicación de la inmunidad *ratione materiae* a los crímenes internacionales sancionados en convenciones existentes o futuras tendrá una importante repercusión en la aplicación y la eficacia de esas convenciones, ya que quienes cometen crímenes internacionales suelen ser funcionarios del Estado.

6. Sería lamentable que el Estado de la nacionalidad de funcionarios o exfuncionarios acusados de tortura, por ejemplo, pidiera al Estado del foro que no extraditara a esos funcionarios, sino que considerara que gozan de inmunidad de jurisdicción porque los actos de tortura de que se les acusa han sido realizados a título oficial. Ello estaría en conflicto con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de diversos tratados, como la obligación de juzgar o extraditar.

7. Una solicitud de extradición de ese funcionario por el Estado de su nacionalidad no estaría en modo alguno en conflicto con la obligación de los Estados de prevenir y sancionar ese grave crimen. No obstante, si no hay otros procesos para determinar su responsabilidad penal, la invocación de la inmunidad *ratione materiae* para tratar de obstaculizar el enjuiciamiento del funcionario abriría la puerta a la impunidad por la comisión de un crimen grave. El riesgo es que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado deje de ser exclusivamente una «barrera procesal» y se convierta en una «barrera sustantiva». En ese sentido, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal indicaron en su opinión separada conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* que el derecho internacional perseguía «conciliar este valor [la inmunidad] con la lucha contra la impunidad, y no el triunfo de una norma sobre la otra» (párrafo 79 de la opinión separada conjunta).

8. Según el informe, el equilibrio que ha de conseguirse entre esas normas implica que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione personae* absoluta de jurisdicción penal extranjera, así como, por regla general, de inmunidad *ratione materiae* con algunos límites y excepciones con respecto a los crímenes más graves. Los límites y excepciones a que se refiere la Relatora Especial en su quinto informe, por lo tanto, solo se aplican a la inmunidad *ratione materiae*.

9. En el proyecto de artículo 7, la Relatora Especial propone acertadamente un texto similar al empleado por la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes²²⁴. El texto también está en consonancia con la mayor parte de la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, que se refieren a la «no aplicabilidad» de la inmunidad o al hecho de que la inmunidad «no puede invocarse» ante los tribunales nacionales. El orador apoya la inclusión de los crímenes de corrupción y la «excepción territorial» en el proyecto de artículo.

10. En cuanto al futuro plan de trabajo sobre el tema, el análisis de los aspectos procesales de la inmunidad en el sexto informe de la Relatora Especial será muy útil para prevenir los enjuiciamientos por motivos políticos y abordar la invocación de la inmunidad o la renuncia a esta por el Estado de la nacionalidad del presunto infractor. El orador es partidario de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

11. El Sr. MURPHY dice que hay tres cuestiones fundamentales que deben examinarse durante el debate sobre el tema. La primera es si el proyecto de artículo 7 constituye derecho existente (*lex lata*) o es una propuesta de nuevo derecho. La segunda es si el proyecto de artículo 7 debe ir acompañado de garantías procesales a fin de evitar su uso indebido. La tercera es si, habida cuenta de la importancia y el carácter delicado de la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, y de la probabilidad de que suscite opiniones divergentes entre los miembros de la Comisión, todo proyecto de artículo al respecto

²²⁴ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28.

debe examinarse y elaborarse al mismo tiempo que su comentario correspondiente.

12. En opinión del orador, el proyecto de artículo 7 no constituye derecho existente, sino nuevo derecho, como se desprende claramente de varios aspectos del informe. En primer lugar, la Relatora Especial afirma repetidamente la existencia de una «tendencia clara y creciente» a favor de las excepciones a la inmunidad, y al insistir en la existencia de dicha tendencia reconoce de manera implícita que el proyecto de artículo 7 no se basa en el derecho establecido, sino que refleja una propuesta de nuevo derecho.

13. En segundo lugar, el informe no contiene ninguna evaluación empírica de la existencia de una tendencia, y las pruebas que invoca no definen ningún arco temporal particular en la aparición de los límites o excepciones. De hecho, algunas pruebas en realidad parecen sugerir que no existe tal tendencia, como por ejemplo los últimos casos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o incluso que existe una tendencia en sentido contrario, como demuestra la reciente reducción del alcance de algunas leyes nacionales.

14. En tercer lugar, a pesar de que en el párrafo 20 *a* del informe se reconoce que no hay una clara coincidencia en las opiniones expresadas por los Estados sobre qué cuestiones referidas a las excepciones deben incluir en cada una de las dos categorías (*lex lata* o *lex ferenda*), el informe resta importancia a esa importante observación al no tenerla en cuenta en su examen de si la práctica de los Estados y la *opinio iuris* apoyan la existencia, en el derecho vigente, de una norma sobre las excepciones a la inmunidad.

15. En cuarto lugar, la jurisprudencia nacional no permite fundamentar el proyecto de artículo 7. A pesar de que en el informe se afirma que la jurisprudencia nacional apoya la existencia de ciertos límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, solo se señalan 11 casos en los últimos 50 años en que un tribunal nacional ha denegado la inmunidad *ratione materiae* a un funcionario del Estado extranjero en una causa penal relativa a la presunta comisión de un crimen internacional. Esas pruebas no son generalizadas ni representativas para la identificación del derecho internacional consuetudinario existente.

16. Además, en el informe se incurre en error al afirmar que los tribunales nacionales han concedido la inmunidad *ratione materiae* solo en «un número reducido de asuntos» relacionados con la presunta comisión de crímenes internacionales graves. De hecho, es posible señalar muchos de esos casos, especialmente si se examina la jurisprudencia penal y civil. Por consiguiente, no se puede afirmar que la jurisprudencia es inequívocamente favorable al proyecto de artículo 7. Asimismo, para evaluar a fondo la jurisprudencia nacional habría sido necesario examinar no solo los asuntos sustanciados en los sistemas judiciales nacionales, sino también las situaciones en que no se ha ejercido ninguna acción y las razones por las que no se ha hecho, una de las cuales podría ser la convicción de que la inmunidad es aplicable.

17. En quinto lugar, la legislación nacional no permite fundamentar el proyecto de artículo 7. Como se señala

en el párrafo 44 del informe, el número de leyes nacionales que regulan las inmunidades jurisdiccionales es muy reducido, lo que dificulta la identificación del derecho establecido relativo a cualesquiera excepciones a la inmunidad. Además, la mayoría de esas leyes se refieren a la inmunidad de los Estados, no a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Incluso siendo así, en el informe se indica que prevén una «excepción territorial» que, supuestamente, implica la existencia de una excepción análoga a la inmunidad en el contexto de la jurisdicción penal. No obstante, es preciso reconocer que las leyes nacionales no prevén ninguna excepción a la inmunidad en relación con la comisión de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, lo que parece ser igualmente pertinente. Aunque en el informe se mencionan varias leyes nacionales recientes que aplican el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también se señala que muchas de ellas son únicamente aplicables a la entrega de personas a la Corte, y que solo cinco Estados han promulgado leyes de aplicación de mayor alcance.

18. En sexto lugar, la jurisprudencia internacional no apoya el proyecto de artículo 7, y el informe parece evitar las implicaciones de la jurisprudencia internacional relativamente constante que rechaza las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estados extranjeros. En su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte Internacional de Justicia rechazó las excepciones, aunque en el contexto de la inmunidad de un Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio. En su fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* también rechazó esas excepciones en el contexto de la inmunidad del Estado. Si bien esas causas no se refieren a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, las decisiones de la Corte reflejan la importancia que esta atribuye al carácter procesal de la inmunidad y su rechazo de la idea de que deben existir excepciones a la inmunidad por determinados crímenes. En su fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte afirmó que el derecho internacional consuetudinario no condicionaba el derecho de un Estado a la inmunidad a la gravedad del acto del que se le acusaba ni al carácter imperativo de la norma presuntamente vulnerada (véase el párrafo 84 del fallo). La Corte también observó que se plantearía un problema de lógica si se condicionaba la denegación de la inmunidad a la gravedad del acto denunciado ya que, en el momento en que se deniega la inmunidad, la comisión de ese acto aún no se ha demostrado. Esas observaciones parecen influir en las acciones civiles ejercidas contra funcionarios del Estado en el plano nacional. Si bien la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* no se refería a la inmunidad de los funcionarios del Estado, las implicaciones del fallo de la Corte parecen contradecir el proyecto de artículo 7. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el contexto de acciones civiles también parecen ir en contra del proyecto de artículo 7.

19. La Relatora Especial se basa en parte en la causa *Blaškić*, juzgada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. No obstante, en dicha causa se examinó la capacidad del Tribunal de ordenar la comparecencia

de funcionarios del Estado, no la de un Estado de ejercer su jurisdicción sobre un funcionario de un Estado extranjero. De hecho, los tribunales penales internacionales no parecen haber adoptado la posición de que hay excepciones a las normas que rigen la inmunidad ante los tribunales nacionales, salvo las relativas a la cooperación previstas en sus estatutos.

20. En séptimo lugar, la práctica convencional en general no apoya el proyecto de artículo 7. El quinto informe es especialmente irregular a ese respecto, al basarse en la práctica convencional cuando fundamenta el proyecto de artículo y dejarla de lado cuando no lo hace. Por ejemplo, en el informe se concluye que la excepción territorial prevista en los tratados en relación con la inmunidad de jurisdicción civil de los Estados respalda la existencia de una excepción análoga en el contexto de la jurisdicción penal. Sin embargo, no se tiene en cuenta que la inexistencia de tal excepción en los tratados relativos al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, la desaparición forzada o la corrupción es igualmente pertinente en ese contexto.

21. La ausencia en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes de cualquier disposición que admita excepciones por esos motivos no encaja en la descripción de una tendencia a favor de los límites y excepciones. Además, el informe no tiene en cuenta la importancia del hecho de que tratados que los Estados siguen considerando totalmente aceptables, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, a las que se han adherido 191 y 179 Estados, respectivamente, no contienen excepciones a la inmunidad de los diplomáticos o los funcionarios consulares acusados de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. De hecho, la inmunidad por los actos realizados por esas personas en el ejercicio de sus funciones oficiales subsiste incluso después de que hayan cesado en sus funciones.

22. Los tratados que abordan específicamente el crimen de genocidio, los crímenes de guerra, la desaparición forzada y el *apartheid* tampoco deniegan expresamente la inmunidad a los funcionarios del Estado. Muchos consideran que el artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se refiere únicamente a la responsabilidad penal individual, y no a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En cualquier caso, en el informe se podría haber señalado que, dado que el artículo VI de esa Convención establece que los sospechosos solo pueden ser enjuiciados por un tribunal del Estado en cuyo territorio presuntamente se cometió el genocidio o por un tribunal penal internacional, la inmunidad solo se les puede denegar en ese contexto más limitado. Las convenciones de lucha contra la corrupción tampoco contienen disposiciones que nieguen la inmunidad a los funcionarios de Estados extranjeros, aunque sí contemplan la inmunidad de los funcionarios del Estado en el territorio de su propio Estado. Si realmente existiera una tendencia a favor de denegar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios del Estado acusados de participar en desapariciones forzadas, por ejemplo, cabe esperar que los redactores de la relativamente reciente Convención Internacional para

la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas hubiesen incluido una disposición a tal efecto, pero no lo han hecho.

23. Algunos tratados pueden excluir la inmunidad de los funcionarios del Estado cuando un crimen se define de tal manera que solo puede ser cometido por un funcionario del Estado y cada Estado parte tiene la obligación de ejercer su competencia sobre un presunto infractor que penetre en su territorio. Aun así, se trataría de una excepción a la inmunidad puramente convencional, que se basa esencialmente en la aceptación por el Estado de nacionalidad del funcionario de la exclusión de la inmunidad al adherirse al tratado y funciona únicamente cuando el infractor se halla en el Estado del foro.

24. Por último, en relación con la práctica convencional, es necesario explicar por qué se considera que algunos tratados mundiales de lucha contra la delincuencia corroboran las excepciones enumeradas en el proyecto de artículo 7, mientras que otros, como los relativos a la esclavitud sexual, la prostitución infantil o la utilización de niños en la pornografía, el tráfico de estupefacientes, los ataques contra diplomáticos, la toma de rehenes, los atentados terroristas con explosivos o la ciberdelincuencia, no lo hacen.

25. En octavo lugar, el informe es incoherente en su utilización de casos, leyes o tratados que no guardan relación con el derecho penal. En general, se atribuye gran importancia a las resoluciones de los tribunales civiles cuando apoyan el proyecto de artículo 7 al establecer supuestamente excepciones a la inmunidad, pero se considera que algunos asuntos de los que ha conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que se han rechazado las excepciones a la inmunidad, son de escasa pertinencia por referirse a cuestiones civiles y no penales.

26. En noveno lugar, el informe contiene un análisis, que finalmente se abandonó, de la distinción entre tres situaciones muy diferentes: cuando el acto de que se trata no es oficial y, por lo tanto, la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* no se plantea, si hay un límite de la inmunidad; cuando el acto de que se trata es oficial, pero tan odioso que supuestamente se deniega la inmunidad, si hay una excepción a la inmunidad; y cuando se deniega la inmunidad por alguna otra razón, por ejemplo para indemnizar a las víctimas. En lugar de reconocer que el diferente trato de los límites y excepciones por los Estados y los tribunales demuestra que el proyecto de artículo 7 no es derecho establecido, el informe agrupa las tres situaciones en el proyecto de artículo, privándolo así de un fundamento sólido. El orador está de acuerdo con otros miembros en que tal vez sea preferible ocuparse de los límites y excepciones por separado, en lugar de abordarlos en una disposición sobre la no aplicabilidad de la inmunidad.

27. En cuanto al texto del párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7, el orador duda de la existencia de una tendencia constante en la práctica de los Estados a reconocer que la inmunidad no se aplica respecto de los crímenes enumerados en ese apartado. Algunos Estados levantan la inmunidad y otros no. En ciertos casos, un tribunal levanta la inmunidad por motivos distintos de la convicción de que existe una excepción a la inmunidad por

crímenes internacionales. Por consiguiente, es importante determinar en cada caso si el tribunal se ha sentido obligado por una norma de derecho internacional consuetudinario o si hay otras cuestiones en juego.

28. Por lo que respecta al párrafo 1 *b* del proyecto de artículo 7, los tres casos citados en el informe, en los que un tribunal nacional supuestamente ha denegado la inmunidad *ratione materiae* a un funcionario de un Estado extranjero en una causa penal relacionada con la corrupción, no constituyen la práctica generalizada o representativa necesaria para demostrar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Uno de los argumentos más habituales a favor de la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* en los casos de corrupción es que un acto de corrupción no puede ser un acto oficial. El hecho de no diferenciar ese razonamiento del empleado para justificar la inaplicabilidad en el caso de los crímenes internacionales previstos en el apartado *a* crea confusión sobre el sentido y el alcance del proyecto de artículo.

29. Con respecto al párrafo 1 *c* del proyecto de artículo 7, en el informe no se explica que la excepción territorial a la inmunidad de jurisdicción civil se deriva de la idea de que es razonable que un Estado extranjero sea civilmente responsable de los riesgos asegurables. No obstante, esa explicación no se traduce fácilmente en una excepción a la inmunidad en caso de comportamiento delictivo de funcionarios. Si bien en el informe se reconoce que las leyes nacionales sobre la inmunidad de los Estados admiten excepciones para los actos del Estado que son esencialmente comerciales o privados (*iure gestionis*), se ignora la otra cara de la moneda, que es la preservación de la inmunidad del Estado por los actos públicos (*iure imperii*). Si la existencia de una excepción territorial en esas leyes es pertinente para la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, entonces el mantenimiento de la inmunidad por los actos públicos, como las actividades militares, parece igualmente pertinente, cuestión que se ha abordado en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*.

30. Dado que el proyecto de artículo 7 no refleja el derecho existente, sino que propone un derecho nuevo, la Comisión tendría mayor libertad en su enfoque del tema si la Relatora Especial así lo reconociera. Al desarrollar un derecho nuevo a ese respecto, la Comisión debe vincular su labor a la cuestión de las garantías procesales. No debe tratar de alcanzar un acuerdo sobre el proyecto de artículo 7 sin saber qué garantías procesales se aplicarán para impedir los abusos. Por lo tanto, quizás desee abstenerse de remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción, o remitirlo únicamente en el entendimiento de que quede allí hasta que el Comité reciba el próximo informe de la Relatora Especial.

31. La relación entre el proyecto de artículo 7 y las cuestiones procesales se pone de manifiesto en dos ejemplos. El primero es la situación que se describe en el párrafo 82 del segundo informe del anterior Relator Especial²²⁵. El segundo se dio en la causa de los Estados Unidos de América contra Ehud Barak, ex Ministro de

Defensa israelí, en la que se acusaba a este de haber autorizado la tortura y la ejecución extrajudicial de un nacional de los Estados Unidos (*Ahmet Doğan et al. v. Ehud Barak*). Tanto el Gobierno de Israel como el de los Estados Unidos apoyaron la invocación de la inmunidad por la que el Sr. Barak alegaba que había actuado a título oficial. Al conceder la inmunidad al Sr. Barak y desestimar la causa, el Tribunal de Distrito del Distrito Central de California sostuvo que un acusado tenía derecho a la inmunidad cuando el Estado soberano había reconocido oficialmente y hecho suyo el acto de su funcionario. Por consiguiente, la postura que toma el Gobierno interesado durante el procedimiento es pertinente para la concesión o denegación de la inmunidad.

32. Dada la divergencia de opiniones en el seno de la Comisión sobre una cuestión que es importante y delicada, cualquier proyecto de artículo al respecto debe examinarse y elaborarse al mismo tiempo que el comentario correspondiente, ya sea en el Comité de Redacción o en un grupo de trabajo.

33. El Sr. TLADI, en referencia a la propuesta del Sr. Murphy de que el párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7 se examine al mismo tiempo que los aspectos procesales, dice que el ejemplo de la causa contra el Sr. Barak parece referirse no tanto a la cuestión de las excepciones como a la determinación de qué constituye un acto oficial. La Comisión ya ha adoptado una definición de «acto realizado a título oficial» sin esperar a examinar los aspectos procesales de la inmunidad. De hecho, en el pasado no ha sido inusual que la Comisión aprobase proyectos de artículo antes de examinar otros aspectos conexos de un tema. Por lo tanto, el orador no está convencido de que la Comisión deba, como afirma el Sr. Murphy, examinar los aspectos procesales antes de abordar el proyecto de artículo 7.

34. El Sr. MURPHY dice que la Comisión ha examinado a menudo proyectos de artículo de manera simultánea por la utilidad de determinar la relación entre ellos. Examinar un grupo de proyectos de artículo en lugar de uno solo permite a la Comisión hacerse una idea de cómo se está desarrollando un proyecto. Los aspectos procesales pueden estar directamente relacionados de diversas formas con las excepciones a la inmunidad. Muchas personas consideran que la renuncia a la inmunidad es una forma de excepción. En un caso como el del Sr. Barak, el concepto de acto oficial, la capacidad de mantener la inmunidad y la postura del Estado de invocar la inmunidad como objeción procesal ante el tribunal están interrelacionados. Por este motivo, los proyectos de artículo no pueden considerarse de manera aislada. El principal argumento del orador es que la inmunidad es una cuestión muy delicada y compleja que fue objeto de un debate algo explosivo en la Comisión seis años antes. Como está muy preocupado por lo que es y lo que no es derecho, su propuesta tiene por objeto facilitar el acuerdo, primero al decidir si la Comisión trata de codificar el derecho, segundo al encontrar la manera de vincular las excepciones a las cuestiones procesales, y tercero al determinar la forma de abordar la cuestión en el comentario.

35. El Sr. JALLOH dice que, si bien entiende que las propuestas del Sr. Murphy tienen por objeto minimizar las diferencias de opinión en el seno de la Comisión,

²²⁵ *Anuario...* 2010, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe del anterior Relator Especial sobre el tema, el Sr. Kolodkin), pág. 456.

parece algo peligroso debatir sobre mecanismos procesales antes de que la Relatora Especial haya presentado su sexto informe.

36. El Sr. HMOUD dice que la cuestión de si hay excepciones o límites sustantivos no tiene nada que ver con el procedimiento.

37. El Sr. MURPHY dice que no ve inconveniente en que se aplase el examen del proyecto de artículo 7 hasta el siguiente período de sesiones, cuando la Relatora Especial ya haya presentado su sexto informe, o en que se remita el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, pero dejándolo allí hasta que la Comisión haya examinado algunos de los aspectos procesales. Las dos cuestiones de las excepciones a la inmunidad y el procedimiento están relacionadas, porque es imposible demostrar la existencia de un derecho establecido sobre las excepciones y los límites a partir de apenas 11 casos. Si la Comisión quiere desarrollar el derecho debidamente, debe tener cuidado de no abrir la puerta a una utilización pernicioso de nuevas excepciones. El orador no puede apoyar el nuevo régimen que promete el proyecto de artículo 7 sin unas garantías procesales que impidan a fiscales o magistrados iniciar acciones judiciales por venganza contra funcionarios extranjeros.

38. El Sr. Cissé dice que la cuestión de fondo de las excepciones y la cuestión de forma del procedimiento van de la mano. La Relatora Especial debe disponer de suficiente tiempo para elaborar un informe exhaustivo sobre las cuestiones procesales, especialmente en vista del carácter delicado del asunto.

39. El Sr. ŠTURMA dice que está de acuerdo con otros oradores en que los crímenes de corrupción no deben figurar entre los motivos para admitir una excepción a la inmunidad. Por otra parte, apoya la excepción territorial, aunque esta requiere algunas aclaraciones.

40. El análisis de la práctica de los tribunales nacionales que hace la Relatora Especial en su quinto informe pone de manifiesto una clara tendencia a aceptar la idea de que la comisión de crímenes internacionales es una barrera a la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La justificación de esta posición es que esos crímenes no pueden considerarse actos oficiales, o que son tan graves que menoscababan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. Esta conclusión parece basarse en argumentos de dos tipos: inductivos y deductivos.

41. El argumento inductivo gira en torno a la práctica legislativa y judicial nacional. Pese a la diversidad de las posiciones de los tribunales nacionales, se puede observar una tendencia a hacer excepciones a la inmunidad. Si bien casi todos los tribunales nacionales sostienen que los Jefes de Estado y ciertos altos funcionarios gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, algunos tribunales han dictaminado que la inmunidad *ratione personae* puede dejar de aplicarse si un tratado internacional establece claramente que se ha renunciado a ella, se ha levantado o no puede invocarse, como ocurre con el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal

Internacional. No obstante, es evidente que las sentencias distan de ser uniformes sobre la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*.

42. La práctica pertinente de los Estados puede reflejarse en la legislación nacional, que, lejos de ser uniforme, indica un apoyo incipiente a ciertas excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Por último, pero no por ello menos importante, las posiciones expresadas por varias delegaciones en la Sexta Comisión, ya sea consideradas como prueba de la práctica de los Estados u *opinio iuris*, apoyan ciertas excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Varios Estados han señalado que los crímenes internacionales deben considerarse, *prima facie*, como motivos de excepción a la inmunidad.

43. Esos argumentos inductivos, que apuntan a la existencia de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, pueden complementarse con una serie de argumentos deductivos basados en las tendencias y los valores que se reflejan en el derecho internacional contemporáneo. En primer lugar, la aceptación del carácter imperativo de las normas de *ius cogens* que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto ha dado lugar a la interpretación de esas normas, por algunos tribunales nacionales y muchos autores, como base para limitar la inmunidad o renunciar a ella, pese al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, que rechazó esa posición pero, a juicio del orador, es criticable.

44. En segundo lugar, habida cuenta de la necesidad de proteger los derechos humanos, el acceso a la justicia y el derecho de las víctimas a una reparación, algunos tribunales regionales, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han dictaminado que, en los casos relativos a los crímenes internacionales excepcionalmente graves enumerados en el párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7, el Estado tiene el deber de investigar y sancionar a los responsables de esas violaciones. La inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado puede considerarse un obstáculo al derecho de acceso a la justicia en tales casos.

45. En tercer lugar, la aparición de la responsabilidad penal individual, además de la responsabilidad de los Estados, por la comisión de crímenes según el derecho internacional ha afectado a las normas tradicionales sobre la inmunidad. Si bien la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, sostuvo que la ampliación de la jurisdicción penal de un Estado en cumplimiento de una obligación *aut dedere aut iudicare* enunciada en una convención internacional no afectaba a las inmunidades previstas en el derecho internacional consuetudinario, la situación parece diferente en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, que, por lo general, abarca los actos de todos los funcionarios. Si no hay excepciones a esa inmunidad, en la mayoría de los casos será imposible juzgar a funcionarios del Estado por crímenes internacionales.

46. En cuarto lugar, la obligación de los Estados de establecer y ejercer su competencia respecto de los crímenes según el derecho internacional constituye un medio

de resolver todo posible conflicto de normas mediante la interpretación sistémica del derecho internacional. El enfoque basado estrictamente en la jerarquía normativa solo es válido en caso de conflicto directo entre dos normas incompatibles. No ocurre así con las normas sobre la inmunidad, que son de carácter procesal. Cuesta imaginar cómo pueden esas normas entrar en conflicto con normas de *ius cogens* que prohíben actos que constituyen crímenes según el derecho internacional. La conclusión, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en el sentido de que una barrera procesal de la inmunidad no da lugar a la impunidad solo es válida cuando se recurre a un mecanismo de derecho penal distinto de los tribunales del Estado del foro, como los tribunales del Estado del funcionario o un tribunal penal internacional competente. De no existir tales mecanismos alternativos para juzgar a los autores de crímenes internacionales, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera perdería su carácter exclusivamente procesal.

47. Aunque la práctica de los Estados ofrece una serie de ejemplos que apoyan la idea de que existen excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, esa práctica está lejos de ser uniforme y también aporta buenos argumentos en sentido contrario. Por lo tanto, los argumentos inductivos a favor de las excepciones deben completarse y equilibrarse con argumentos deductivos. Un último argumento se refiere a la necesidad de evitar la fragmentación y lograr la integración sistémica del derecho internacional. Habida cuenta de que el derecho internacional es un ordenamiento o sistema jurídico, no puede incluir una norma que exija un determinado comportamiento y otra norma que prohíba el mismo comportamiento, pero ese sería el resultado si la inmunidad se considerase absoluta. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas mencionan de manera específica a los funcionarios del Estado en la definición de dichos crímenes. Dado que los Estados tienen la obligación de establecer y ejercer su competencia respecto de esos crímenes, no se les puede prohibir al mismo tiempo que enjuicien a funcionarios del Estado por una inmunidad *ratione materiae* absoluta. A diferencia del argumento basado en el *ius cogens*, ese enfoque no refleja la situación en términos absolutos, como si se obligara a elegir entre la prohibición imperativa de un crimen y la inmunidad. Más bien aboga por una interpretación que permita que ambas normas tengan el efecto más amplio posible, de conformidad con el principio de armonización.

48. Aunque el orador está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que un informe sobre los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado habría facilitado el debate sobre las excepciones, no desea aplazar el examen del proyecto de artículo 7. Tanto los parámetros sustantivos de las excepciones, al menos las relativas a los crímenes más graves según el derecho internacional, como las normas procesales, que abarcan la invocación de la inmunidad o la renuncia a esta, incluida la renuncia implícita en algunas situaciones, son necesarios para ese fin. Es importante estudiar los criterios relativos a las excepciones a la inmunidad, ya que la inmunidad no se

considera absoluta en el derecho internacional contemporáneo, pero también examinar las normas procesales que protegen a los Estados y a sus funcionarios contra los abusos de esas excepciones en forma de investigaciones y enjuiciamientos políticamente motivados o injustificados desde el punto de vista jurídico por las autoridades penales extranjeras. El orador recomienda que los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 7 se remitan al Comité de Redacción.

49. La Sra. LEHTO dice que la muy compleja y políticamente delicada cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, que se aborda en el quinto informe bien documentado y argumentado de la Relatora Especial, es un elemento fundamental del tema que se examina. Al referirse a los trabajos anteriores de la Comisión sobre otros aspectos del tema y a los tratados pertinentes, la práctica legislativa de los Estados y la práctica judicial internacional y nacional, la Relatora Especial establece el equilibrio adecuado entre la necesidad de que haya estabilidad en las relaciones internacionales y la de que se rindan cuentas por los crímenes internacionales más graves, llegando a la conclusión de que no existen límites ni excepciones a la inmunidad personal de los Jefes de Estado o de Gobierno o de los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato, pero que podrían aplicarse excepciones a esas personas en el contexto de la inmunidad funcional.

50. Inevitablemente, el régimen consuetudinario de la inmunidad se ha visto afectado por la evolución del derecho penal internacional en los últimos decenios, incluida la creación de jurisdicciones penales internacionales que no reconocen el cargo oficial o la inmunidad como obstáculo a la rendición de cuentas y el papel fundamental de los tribunales nacionales en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. También existen tribunales internacionalizados o híbridos, causas que un tribunal internacional remite a un tribunal nacional y el principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma, por el que los sistemas judiciales nacionales tienen la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes graves. Todas esas situaciones requieren un enfoque coherente y previsible de la inmunidad.

51. En su análisis de las excepciones a la inmunidad, la Comisión debe tener en cuenta las leyes nacionales que se han aprobado para aplicar el Estatuto de Roma. Por ejemplo, cuando Finlandia ratificó el Estatuto de Roma en 2000, veló por asegurarse de poder ejercer su competencia respecto del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y modificó su Código Penal para establecer también la jurisdicción universal respecto de esos crímenes.

52. La oradora no comparte las preocupaciones expresadas por otros miembros de la Comisión por la extensión del quinto informe y el número de causas judiciales citadas, dada la utilidad de contar con una exposición detallada del panorama jurídico relativo a la cuestión de las excepciones. En particular, el fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* confirma la conclusión de que no existen excepciones a la inmunidad *ratione personae*, como se establece en el proyecto de artículo 7, párrafo 2. En ese fallo también se invoca

el argumento del sistema de recurso alternativo, que la Relatora Especial critica acertadamente en el párrafo 151 del informe. Cuando esos recursos alternativos no estén disponibles o no sean efectivos, las normas relativas a la inmunidad estarán en conflicto con las normas que prohíban los crímenes internacionales, de manera que una barrera procesal se convertirá en una barrera sustantiva. En el informe se abordan varios aspectos de ese conflicto, como la naturaleza de *ius cogens* de esa prohibición, la obligación y la responsabilidad primordial de los Estados de investigar y enjuiciar ese tipo de crímenes y el derecho de las víctimas a acceder a la justicia y a una reparación. El análisis detallado de la jurisprudencia internacional también resulta útil al señalar que la cuestión de las excepciones solo ha sido abordada parcialmente por diferentes cortes y tribunales y dentro de los límites de cada causa particular, por lo que algunas de las conclusiones no son pertinentes para la cuestión de las excepciones.

53. En el párrafo 121 de su informe, la Relatora Especial concluye que hay una tendencia mayoritaria en la práctica judicial nacional a aceptar la existencia de ciertos límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, pero que, no obstante, es difícil determinar la existencia de una norma de derecho consuetudinaria clara e indiscutible en ese sentido. Esta parece ser una descripción válida de la situación, y la Comisión, efectivamente, tiene ante sí una elección que está plenamente comprendida en su mandato. La oradora comparte la opinión de la Relatora Especial de que debe considerarse que los crímenes internacionales más graves constituyen un límite o excepción a las normas procesales ordinarias de la inmunidad. Al mismo tiempo, la inmunidad sigue siendo la norma general que protege determinadas funciones específicas del Estado en sus relaciones internacionales, incluso si se responsabiliza a exfuncionarios del Estado en el caso improbable de que hayan cometido esos crímenes.

54. Si bien la distinción que hace la Relatora Especial entre límites y excepciones es un instrumento analítico útil, no tiene efectos prácticos y, por lo tanto, no debe incluirse en el proyecto de artículo 7. La oradora apoya la inclusión de la lista de crímenes que figura en el párrafo 1 a del proyecto de artículo como categorías de crímenes respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica. La tortura y la desaparición forzada son crímenes de lesa humanidad, pero merecen una mención separada porque existen regímenes convencionales específicos para esos delitos. Se podrían añadir otras categorías de crímenes a ese apartado, pero su alcance debe seguir siendo relativamente limitado. La agresión es, sin lugar a dudas, un crimen internacional tan grave como los que se enumeran en el apartado, y está previsto en el Estatuto de Roma. Finlandia ha ratificado las enmiendas al Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión (conocidas como enmiendas de Kampala) y, aunque su Parlamento ha destacado que Finlandia puede ejercer su jurisdicción primaria respecto de ese crimen, no lo ha incluido en la categoría de crímenes respecto de los que Finlandia puede ejercer la jurisdicción universal, señalando que dicho crimen no es indiscutiblemente uno respecto del que se aplica la jurisdicción universal. Por lo tanto, la oradora está de acuerdo con las conclusiones a que llega la Relatora Especial en el párrafo 222 del informe.

55. Con respecto al párrafo 1 b del proyecto de artículo, la oradora no cree que los crímenes de corrupción tengan cabida alguna en el proyecto de artículo. El concepto no está claro y podría aplicarse a diversos delitos, incluidos los delitos transnacionales que no pueden considerarse actos oficiales porque sirven a intereses privados. En relación con el párrafo 1 c, la oradora está de acuerdo en que hay motivos suficientes para afirmar que no hay inmunidad respecto de los crímenes cometidos en el territorio del Estado del foro, pero esa cuestión puede abordarse mejor en el comentario. El párrafo 2 es acorde con los trabajos anteriores de la Comisión y refleja la *lex lata*. En cuanto al párrafo 3, la oradora apoya la inclusión de una cláusula «sin perjuicio» específicamente referida a las obligaciones de cooperación que podrían surgir de otros regímenes por los que un Estado se encuentre vinculado.

56. Si bien los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado son importantes, la oradora no cree que la Comisión no pueda examinar el proyecto de artículo 7 hasta haber recibido un informe completo sobre esa cuestión. Aunque es cierto que el representante de Noruega en la Sexta Comisión, hablando en nombre de los países nórdicos, afirmó la importancia de contar con unas garantías procesales sólidas para el conjunto del régimen de inmunidades y excepciones, también expresó su apoyo pleno e incondicional al párrafo 1 a del proyecto de artículo 7. La oradora recomienda que el proyecto de artículo se remita al Comité de Redacción.

57. El Sr. JALLOH dice que, como señala la Relatora Especial en su reflexivo y creativo quinto informe, los límites y excepciones a la inmunidad son una de las principales cuestiones, si no la más importante, que la Comisión ha de examinar en su labor sobre el controvertido tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por esa razón, como han señalado varios miembros de la Comisión, esta debe tratar de lograr un equilibrio entre, por un lado, la soberanía, el ejercicio de la jurisdicción y los límites procesales impuestos por la institución de la inmunidad y, por otro, las exigencias contemporáneas de la justicia, la rendición de cuentas individual y los esfuerzos que hace la comunidad internacional para combatir la impunidad.

58. En sus observaciones sobre el quinto informe de la Relatora Especial, algunos miembros de la Comisión han advertido sobre el riesgo de menoscabar la estabilidad de las relaciones internacionales y el riesgo aún más grave de que se abuse por motivos políticos de las excepciones a la inmunidad, en especial en el caso de los dirigentes de los Estados más débiles. Recientemente, varios dirigentes africanos se han hecho eco de esos argumentos, pero la mayoría de ellos han sido ellos mismos acusados de fomentar crímenes atroces. Si bien se invoca a menudo el riesgo de deterioro de la estabilidad de las relaciones internacionales sin el apoyo de pruebas empíricas, no se mencionan la inestabilidad y otros efectos negativos de esos crímenes atroces en el Estado afectado, los Estados vecinos y la comunidad internacional en su conjunto.

59. Cabe recordar que, poco después de su creación, la Comisión llegó a la conclusión de que no era posible

mantener una distinción clara entre el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, que se definen en su estatuto como objeto de su labor. Así pues, la Comisión debe evitar toda tendencia a dar prioridad a la codificación sobre el desarrollo progresivo. De hecho, tendría más probabilidades de lograr un resultado sobre el tema que sea aceptable para la mayoría o la totalidad de sus miembros si tuviera presente la prudente, sensata y práctica posición que viene adoptando históricamente con respecto a la imposibilidad de mantener una clara distinción entre ambas cosas.

60. En cuanto a la metodología, el orador está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que la Relatora Especial ha proporcionado abundante información sobre la práctica, que es necesaria para fundamentar el proyecto de artículo y puede, en el futuro, ser una fuente útil para los publicistas y los profesionales a nivel nacional e internacional. No obstante, el enfoque adoptado en el informe suscita cierta preocupación. Por encima de todo, el orador no cree que el derecho internacional consuetudinario prevea actualmente excepciones a la inmunidad de que gozan los funcionarios extranjeros ante los tribunales nacionales de terceros Estados en caso de haber cometido crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio, como ha destacado reiteradamente la Corte Internacional de Justicia desde la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

61. Aunque, en el plano normativo, podría aceptar la conclusión de la Relatora Especial de que existe una «tendencia clara y creciente» a aceptar límites y excepciones a la inmunidad, el orador no está seguro de que las causas citadas en apoyo de esa conclusión sean las más pertinentes, ya que algunas de ellas se refieren a asuntos civiles, no penales. Además, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, que se examina ampliamente en el informe, parece contradecir la conclusión de que actualmente existen excepciones y límites jurídicos expresos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. No obstante, el orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que el fallo dictado en esa causa tiene un alcance más limitado de lo que se suele reconocer. Así pues, si bien acepta la conclusión de la Relatora Especial, el orador no está seguro de que esta haya utilizado el mejor medio para llegar a esa conclusión. Tal vez tendría que haber seguido más de cerca el proceso establecido para identificar el derecho internacional consuetudinario que figura en el párrafo 183 del informe. No obstante, si la Comisión ha iniciado un proceso de desarrollo progresivo, esa inquietud desaparecerá en gran medida.

62. El hecho de que el informe sea a veces algo dubitativo y tal vez incluso un poco contradictorio no echa por tierra la conclusión última de la Relatora Especial sobre la existencia de una «tendencia clara» a favor del reconocimiento de límites y excepciones a la inmunidad, al menos en el caso de algunos de los crímenes más graves, como los establecidos en el Estatuto de Roma. De hecho, se puede llegar a esa conclusión sobre la base de la práctica de las cortes y tribunales internacionales, sin perjuicio de su relación vertical con los tribunales nacionales.

63. En relación con el proyecto de artículo 7, el orador recomienda que se mantenga el apartado *a* y se supriman los apartados *b* y *c* del párrafo 1, y que se mantengan los párrafos 2 y 3.

64. El orador se muestra en general de acuerdo con el párrafo 1 *a*, que establece que la inmunidad no se aplica en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, los tres crímenes más graves del derecho internacional respecto de los que la Corte Penal Internacional ejerce actualmente su competencia. Como se señala en el preámbulo del Estatuto de Roma, esos crímenes han llegado a considerarse los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» que «no deben quedar sin castigo». No obstante, las explicaciones de la Relatora Especial sobre la omisión del crimen de agresión en ese párrafo no son convincentes. Si bien es cierto que el crimen de agresión, al igual que los crímenes de lesa humanidad, no es actualmente objeto de una convención específica, el Tribunal de Núremberg dictaminó en su fallo de 30 de septiembre de 1946 que iniciar una guerra de agresión era el «crimen internacional supremo»²²⁶. La aprobación por la Asamblea General de una definición de agresión en su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, y la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de Roma demuestran que este puede dar lugar a una acción penal en los tribunales nacionales e internacionales. Además, es inexacto afirmar que hay muy pocas leyes nacionales que aborden el crimen de agresión, ya que aproximadamente 40 Estados ejercen actualmente su competencia para conocer de este y se ha incluido una definición muy amplia en el artículo 28M del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos modificado por el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo).

65. Si, como se espera en general, la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma vota para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia respecto del delito de agresión en aplicación de las enmiendas de Kampala, la Corte adquirirá automáticamente competencia para conocer de ese crimen. No obstante, los Estados partes en el Estatuto de Roma podrían desvincularse de las enmiendas de Kampala y la Corte no tendría competencia para enjuiciar ese crimen cuando sea cometido por los nacionales o en el territorio de un Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma. Además, en la causa *Regina v. Jones (Margaret) and Others* en el Reino Unido, los magistrados de la Cámara de los Lores dictaminaron en 2006 que el crimen de agresión formaba parte del derecho internacional consuetudinario pero no era susceptible de enjuiciamiento en los tribunales nacionales sin aprobación legislativa.

66. En ese contexto, permitir la aplicación de la inmunidad respecto del crimen de agresión excluyendo al mismo tiempo su aplicación respecto del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra socavaría las enmiendas de Kampala. La Relatora Especial podría, en el marco del Comité de Redacción, añadir

²²⁶ Tribunal Militar Internacional, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946*, vol. XXII, Núremberg, 1948, pág. 427.

el crimen de agresión a la lista del párrafo 1 *a*, que es lo que preferiría el orador, o al menos no adoptar una decisión definitiva con respecto a su no inclusión hasta que la Comisión haya tenido la oportunidad de examinar la decisión que adoptará en diciembre de 2017 la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma. Si la Comisión decide no incluir el crimen de agresión en la lista del párrafo 1 *a*, dejará un importante vacío legal que obstaculizará la investigación y el enjuiciamiento efectivos del crimen. Además, al establecer una jerarquía entre el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, por un lado, y el crimen de agresión, por otro, la Comisión restará importancia a la condición del crimen de agresión, socavando así el ámbito y alcance del Estatuto de Roma, que se basa en la realización de actuaciones judiciales nacionales de conformidad con el principio de complementariedad.

67. Si bien pueden plantearse preocupaciones legítimas con respecto a la inclusión de la tortura como crimen específico en el párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7, en particular por el hecho de que en el derecho internacional consuetudinario se asienta más firmemente la consideración de la tortura como un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, su inclusión resulta, no obstante, justificable, especialmente a la luz de su presunto carácter imperativo. Se define como crimen independiente en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y, como se aclara en varias sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, los elementos principales de esa definición gozan de aceptación general en la comunidad internacional. Por lo tanto, el orador celebra la decisión progresista de incluir la tortura en el párrafo 1 *a*, que puede constituir una evolución jurídica positiva que complementa el consenso internacional emergente en el sentido de que la tortura es un crimen internacional independiente y odioso.

68. La inclusión de la desaparición forzada en el párrafo 1 *a* también es justificable y encomiable desde la perspectiva del desarrollo progresivo. Sin embargo, algunos Estados podrían oponerse a dicha inclusión. El crimen se define en el artículo 2 de la Convención contra la Desaparición Forzada, en la que 56 Estados son partes. En su sentencia en la causa *Kupreškić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dictaminó que las desapariciones forzadas formaban parte de la categoría de «otros actos inhumanos», y la jurisprudencia del sistema interamericano resulta particularmente instructiva a este respecto.

69. Alternativamente, en vez de especificar los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica, en el párrafo 1 *a* se podría utilizar una formulación más general para excluir la aplicación de la inmunidad respecto de «los crímenes más graves según el derecho internacional».

70. Con respecto al párrafo 1 *b*, el orador no está convencido de que el concepto de crímenes de corrupción esté completamente claro. En el sistema regional africano se han hecho esfuerzos para definir el alcance de la corrupción y los delitos conexos en una sola disposición. La corrupción y los delitos conexos, con independencia de su gravedad, se definen en el artículo 4 de la

Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, y esa definición se reproduce en el artículo 28I del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos modificado por el Protocolo de Malabo, en cuya introducción se incluye el requisito de que los hechos previstos en él constituyen actos de corrupción si revisten «un carácter grave que afecta a la estabilidad de un Estado». Ese requisito tiene por objeto establecer un umbral de gravedad a los efectos de deducir la responsabilidad penal internacional. De hecho, podría decirse que el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos no refleja adecuadamente la gravedad del crimen de corrupción, que tiene consecuencias de gran alcance para los Estados y, según algunos autores, puede constituir un crimen de lesa humanidad. No obstante, el orador tiene dudas sobre la inclusión de la corrupción entre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica.

71. En relación con el párrafo 1 *c*, no parece apropiado incluir una excepción territorial, que es aplicable al procedimiento civil, no al penal.

72. El orador no comparte la preocupación del Sr. Tladi de que las disposiciones del párrafo 3 resultan perjudiciales para los procedimientos judiciales en curso, ya que la obligación de cooperar con un tribunal internacional vincula a los Estados partes en el estatuto pertinente y tal vez no sea aplicable a los Estados que no son partes, a menos que esa obligación venga impuesta por una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Con respecto a la causa *Al Bashir*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional concluyó, en su decisión de abril de 2014 sobre la cooperación de la República Democrática del Congo en lo que respecta a la detención de Omar Al Bashir y su entrega a la Corte, que el mismo hecho de que el Consejo de Seguridad hubiera remitido la situación a la Corte en su resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, establecía una obligación de cooperar con esta, y que el Consejo de Seguridad había «levantado implícitamente las inmunidades de que gozaba Omar Al Bashir en virtud del derecho internacional y que llevaba aparejadas su posición como Jefe de Estado» (párrafo 29 de la decisión). En opinión del orador, el artículo 98, párrafo 1, del Estatuto de Roma impone al Sudán una obligación general de cooperar con la Corte derivada de una resolución que constituye una «decisión» en el sentido del Artículo 25 de la Carta y que, en caso de conflicto, prevalecerá de conformidad con la cláusula de supremacía que figura en el Artículo 103 de la Carta. En cualquier caso, las disposiciones del párrafo 3 no se aplican únicamente a la Corte, sino a cualquier «tribunal internacional», sea o no penal, y se aplican solo al «Estado del foro».

73. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador está de acuerdo con la propuesta de la Relatora Especial de examinar los aspectos procesales de la inmunidad en su sexto y último informe. Cree que con el establecimiento de garantías procesales como las previstas en el artículo 18 del Estatuto de Roma se responderá a muchas de las objeciones planteadas por los miembros de la Comisión. En ese sentido, señala que, en una decisión adoptada en 2009 por la Asamblea de la Unión Africana, los

Estados africanos indicaron que era necesario establecer un organismo internacional de regulación con competencia para revisar o dirimir denuncias o apelaciones que fueran consecuencia del uso abusivo por un Estado del principio de la jurisdicción universal²²⁷. Además, las disposiciones del Estatuto de Roma incluyen un ejemplo de un mecanismo que permite aplazar el cumplimiento de una solicitud respecto de una investigación o un enjuiciamiento en curso. En cualquier caso, el orador insta a la Relatora Especial a que presente propuestas en su sexto informe para atender las preocupaciones que se han planteado en relación con el posible abuso de las excepciones a la inmunidad. No obstante, la Comisión no debe aplazar la aprobación del proyecto de artículo 7 hasta que examine la cuestión de un instrumento procesal.

74. El orador apoya plenamente la remisión del proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, con sujeción a las enmiendas propuestas por los miembros de la Comisión, incluida la propuesta de supresión de los crímenes de corrupción y la excepción territorial.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3363ª SESIÓN

Miércoles 24 de mayo de 2017, a las 10.00 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. 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 PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701).

2. El Sr. TLADI recuerda que, en su 3361ª sesión, la Comisión señaló que la cláusula «sin perjuicio» que figura en el proyecto de artículo 7, párrafo 3, es, en realidad, totalmente perjudicial. El Sr. Jalloh, tratando de refutar

ese argumento en la 3362ª sesión, hizo una interpretación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que puso de manifiesto precisamente por qué es perjudicial esa disposición: da a entender algo sobre el contenido de las normas jurídicas de otro régimen que es objeto de controversia. El orador lo considera un motivo de profunda inquietud, por lo que juzga inaceptable el proyecto de artículo 7, párrafo 3. La única solución sería establecer una cláusula «sin perjuicio» que se aplicara al proyecto de artículos en su conjunto y no a una sola disposición.

3. El Sr. JALLOH aclara que lo que quería decir es que el proyecto de artículo 7, párrafo 3, contiene una referencia, no específicamente a la Corte Penal Internacional, sino a «un tribunal internacional», que no tiene por qué ser de naturaleza penal. No está convencido de que una cláusula «sin perjuicio» amplía sea conveniente, pero está dispuesto a seguir debatiendo el asunto.

4. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO, en referencia al quinto informe de la Relatora Especial, dice que la necesidad de abordar el tema de las excepciones a la inmunidad es evidente; la cuestión es saber si el desarrollo progresivo del derecho internacional ha de evitarse a toda costa y contra las aspiraciones de la comunidad internacional o si, en cambio, la Comisión debe proceder con la misma audacia e impulso creador que en otras épocas.

5. Es un hecho que los Estados miembros que se han pronunciado en relación con el tema en el debate más reciente en la Sexta Comisión no comparten una postura única, pero ello en modo alguno quiere decir que se opongan a considerarlo, como han sugerido algunos miembros. Además, es prematuro extraer cualquier conclusión del debate celebrado en la Sexta Comisión, toda vez que la Comisión de Derecho Internacional no ha concluido su propio debate. Por cuanto se refiere a los miembros de la Comisión, vale la pena recordar que, aun en su composición anterior, la postura de quienes consideran que no hay excepciones a la inmunidad es minoritaria, como se indica en el informe en el párrafo 19 a.

6. Para iniciar el estudio del presente tema, debemos remontarnos a los orígenes de la discusión de la responsabilidad penal individual en esta misma Comisión, lo cual lleva a 1950, cuando fueron adoptados los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)²²⁸. En el comentario al principio III, la Comisión reconoce que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no puede aplicarse a actos que son condenados como crímenes por el derecho internacional²²⁹. En 1996, expresó la misma idea básica en el comentario al artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²³⁰.

²²⁸ *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.

²²⁹ Véase el documento A/1316 (nota 228 *supra*), párr. 103.

²³⁰ El proyecto de código aprobado por la Comisión en 1996 figura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50. El comentario al proyecto de artículo 7 figura en *ibid.*, págs. 29 y 30.

²²⁷ Véase Unión Africana, 13^{er} período ordinario de sesiones de la Asamblea, Sirte (Jamahiriya Árabe Libia), 1 a 3 de julio de 2009, Decisión sobre el abuso del principio de la jurisdicción universal, Doc.Assembly/AU/11 (XIII), párr. 5.