

83. En cuanto al capítulo III del informe, y en particular los párrafos 170 y siguientes, relativos al concepto de límites y excepciones a la inmunidad, la Relatora Especial debe desarrollar sus explicaciones. Los límites y excepciones a la inmunidad deben estar claramente identificados y definidos para facilitar su utilización por los Estados; es lamentable que no se haya hecho en el informe.

84. Con respecto al proyecto de artículo 7, al igual que otros miembros de la Comisión, el orador desea saber cuáles son los criterios que la Relatora Especial ha utilizado como base para elaborar la lista de crímenes internacionales que propone. Coincide con los oradores anteriores en que la lista debe incluir los crímenes de agresión y *apartheid*. En cuanto a la corrupción, en el comentario al proyecto de artículo se podría explicar que se refiere a la corrupción a gran escala y proporcionar información más detallada.

85. El orador conviene en que es muy importante especificar en el párrafo 2 que el párrafo 1 no se aplica a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio, ya que, como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, se otorga inmunidad a esas personas precisamente para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones.

86. En conclusión, el orador es partidario de que se remita el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

### 3365ª SESIÓN

*Martes 30 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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 (conclusión)**

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

2. Hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que el principio de responsabilidad individual por crímenes internacionales fue uno de los grandes logros de la posguerra, en particular para responder a las guerras de agresión y las atrocidades sin precedentes cometidas por la Alemania nazi. Se han hecho progresos en el establecimiento de un sistema funcional de múltiples niveles para el enjuiciamiento de los autores de esos crímenes gracias a la creación de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda, la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales e híbridos, y a los enjuiciamientos a nivel nacional. No obstante, se siguen cometiendo crímenes internacionales a una escala espeluznante y los mecanismos jurídicos y de cooperación existentes en el plano nacional e internacional siguen siendo insuficientes. La labor de la Comisión sobre los temas de los crímenes de lesa humanidad y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado forma parte de las iniciativas internacionales encaminadas a establecer un marco jurídico más claro y firme para luchar contra la impunidad. El orador apoya el moderno proyecto de establecer una responsabilidad individual por crímenes internacionales, pero también apoya el derecho internacional en general. Respalda el enfoque sistémico de la Relatora Especial en el sentido de que el derecho debe desarrollarse de manera que haga realidad y concilie todos los valores e intereses consagrados en él. Cree que la responsabilidad individual por crímenes internacionales debe establecerse de manera que garantice una cooperación internacional duradera y relaciones pacíficas entre los Estados.

3. En ese contexto, el principio básico del derecho internacional que salvaguarda la cooperación internacional duradera es la igualdad soberana de los Estados, uno de cuyos aspectos más importantes es que, por regla general, los tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado, lo que garantiza que los fallos de los tribunales nacionales sean respetados por otros Estados. No obstante, si los tribunales de un Estado resolvieran reclamaciones relacionadas con actos oficiales realizados por otro Estado, podría generarse fácilmente una sensación de parcialidad. La Corte Internacional de Justicia y otros tribunales han reconocido en numerosas ocasiones que, en tales casos, se debe desestimar esas reclamaciones, con independencia de que sean o no fundadas. De lo contrario, existe el riesgo de que los dos Estados interesados se recriminen mutuamente, se cuestione la objetividad de los fiscales y del poder judicial del Estado del foro, y se tomen represalias que pongan en peligro las relaciones pacíficas y la cooperación entre los Estados.

4. Por supuesto, el principio de inmunidad del Estado no es absoluto, pero de lo que se trata es de determinar exactamente el punto de equilibrio y sus límites e indicar quién debe hacerlo. No existe una respuesta fácil, pero, en última instancia, son las normas del derecho internacional consuetudinario las que deben determinar el equilibrio entre dos principios fundamentales. En el informe se hace un esfuerzo para señalar las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario. No obstante, ese no es el único aspecto relevante de la cuestión, ya que, como la Relatora Especial ha señalado acertadamente, la función de la Comisión no se limita a la identificación del derecho existente, sino que también consiste en

contribuir al desarrollo progresivo de un nuevo derecho internacional. El orador abordará ambas dimensiones, primero con observaciones sobre el análisis de la práctica pertinente contenido en el informe, y después con un examen para determinar si las consideraciones jurídicas o normativas más generales deben influir en la conclusión basada en ese análisis.

5. Según el informe, la práctica pertinente prevé una excepción a la regla general de la inmunidad de los funcionarios del Estado por actos oficiales en los casos en que se alega que un funcionario del Estado ha cometido un crimen internacional actuando a título oficial. Se afirma que, aunque no se acepte esta conclusión, la práctica pone de manifiesto la existencia de una «clara tendencia» en ese sentido. No obstante, el orador está de acuerdo con los miembros que han expuesto un análisis detallado de las razones por las que no se puede hablar de una práctica establecida que fundamentaría las excepciones propuestas por la Relatora Especial o la existencia de una tendencia.

6. En lo que respecta a la práctica judicial nacional, el orador no está de acuerdo con la afirmación que se hace en el párrafo 121 de que «respecto de la inmunidad *ratione materiae*, se puede concluir una tendencia mayoritaria a aceptar la existencia de ciertos límites y excepciones a la misma». En primer lugar, la determinación de la existencia de una «tendencia mayoritaria» obviamente depende de las decisiones que se tengan en cuenta. El informe se basa en algunas causas que no son pertinentes, como aquellas en que un funcionario invoca la inmunidad contra el Estado para el que ejerce o ha ejercido sus funciones, como las causas *Fujimori*, *Hailenariam* y *Adamov*. También hay que excluir las causas en que un tribunal se ha basado en una limitación de la inmunidad prevista en un tratado, como *Bouzari*, *Pinochet*, *Jones v. Saudi Arabia* y *Fang v. Jiang Zemin*, en que los tribunales denegaron la inmunidad *ratione materiae* por entender que la definición de tortura contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes demostraba que los Estados partes en la Convención habían acordado levantar la inmunidad con respecto a las actuaciones penales. La limitación de la inmunidad en virtud de un tratado no refleja la situación del derecho internacional consuetudinario.

7. La determinación de una tendencia mayoritaria depende también, evidentemente, de los casos que se considera que reflejan la tendencia minoritaria. Las notas a pie de página del párrafo 118 del informe remiten a algunos casos en que se ha denegado toda excepción a la inmunidad *ratione materiae* respecto de crímenes internacionales. No obstante, hay más casos de ese tipo, como la decisión de la fiscalía francesa de no enjuiciar al ex Secretario de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld<sup>243</sup>, y la demanda contra el ex-Presidente de China, Jiang Zemin, ante el Tribunal Supremo de Nueva

Gales del Sur (Australia), en la que se confirmó la inmunidad del ex Jefe de Estado<sup>244</sup>. En el informe solo se deberían haber tenido en cuenta las decisiones en las que el Estado del funcionario en cuestión invocó realmente, sin éxito, la inmunidad *ratione materiae* de uno de sus funcionarios, lo que habría dejado claro que las decisiones de los tribunales nacionales favorables a una excepción aplicable a los crímenes internacionales no son muy numerosas ni mayoritarias.

8. Además, las sentencias de los tribunales nacionales citadas en apoyo de la afirmación de que existe una excepción a la inmunidad por crímenes internacionales, o de su aparición en el derecho internacional consuetudinario, se basan en razonamientos muy diferentes que, lamentablemente, no se analizan de manera crítica en el informe. Si bien, en algunos casos, se invoca el *ius cogens* como base de una excepción, en otros se dictamina que ciertos actos, en particular crímenes internacionales, no pueden considerarse actos realizados a título oficial. La Relatora Especial parece sostener que, en conjunto, las distintas sentencias, con sus razonamientos diferentes y a veces cuestionables, constituyen un grupo de casos que, en última instancia, contribuyen a establecer una excepción a una norma de derecho internacional consuetudinario, o al menos una tendencia a su aparición. No obstante, dos o más argumentos débiles no forman un argumento convincente.

9. Por esas razones, y las aducidas por otros miembros, es evidente que las excepciones propuestas a la inmunidad por crímenes internacionales no reflejan un derecho internacional consuetudinario establecido. Si bien es posible que haya habido una tendencia en el pasado, ya no es así. La sentencia de la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet*, en efecto, suscitó un debate hace 20 años, y varios fallos de tribunales nacionales podrían interpretarse como reflejo de una «tendencia» hacia el reconocimiento de excepciones a la inmunidad por los crímenes más graves. No obstante, esas resoluciones han sido pronto rebatidas por otras que han cuestionado la tendencia. De hecho, la mayoría de las decisiones de tribunales nacionales que se citan en el informe se dictaron antes de que los tribunales internacionales y nacionales llegaran a la conclusión de que algunos de los argumentos en que se basaban las sentencias anteriores no reflejaban normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que las normas de *ius cogens* son de carácter sustantivo y, como tales, no contradicen las normas relativas a la inmunidad de los Estados, que son de carácter procesal. Este razonamiento también se aplica necesariamente a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consolidado su jurisprudencia en el asunto *Oleynikov c. Rusia*, en el que dictaminó que las normas del derecho internacional relativas a la inmunidad constituyen limitaciones inherentes del derecho de acceso a la justicia. En la causa *Jones v. Saudi Arabia*, la Cámara de los Lores también explicó las razones de la continuidad de las normas relativas a la

<sup>243</sup> Véanse la carta del Fiscal de la República ante el Tribunal de grande instance de París, de 16 de noviembre de 2007 ([www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf)), y la del Fiscal General ante el Tribunal de Apelaciones de París, de 27 de febrero de 2008 ([https://ccr-justice.org/sites/default/files/assets/Rumsfeld\\_FrenchCase\\_%20Prosecutors%20Decision\\_02\\_08.pdf](https://ccr-justice.org/sites/default/files/assets/Rumsfeld_FrenchCase_%20Prosecutors%20Decision_02_08.pdf)).

<sup>244</sup> Asunto *Zhang v. Jiang Zemin and Others*, decisión de 14 de noviembre de 2008.

inmunidad. Las sentencias judiciales de los últimos diez años no reflejan una tendencia; por el contrario, los tribunales internacionales y nacionales han reforzado los argumentos a favor del mantenimiento de la inmunidad, incluso por los crímenes más graves. Parece que la preferencia normativa de la Relatora Especial la ha llevado a restar importancia a la reciente evolución en sentido contrario. La Comisión debe mostrar transparencia al describir con precisión la situación actual, y no alimentar la ilusión de que el mundo sigue viviendo igual que a finales de los años noventa o principios del siglo xxi.

10. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que es necesario examinar el sistema jurídico internacional en su conjunto y determinar si la evolución del derecho penal internacional requiere el establecimiento de excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, el proyecto de justicia penal internacional hasta ahora se ha elaborado cuidadosamente sobre la base de tratados y decisiones específicas a fin de asegurar su aceptación por los Estados. Desde un punto de vista sistémico, habría que hacer lo mismo con respecto a la inmunidad de los funcionarios del Estado. También es necesario evaluar plenamente la importancia del principio de igualdad soberana en relación con el derecho penal internacional. Afortunadamente, los Estados suelen renunciar voluntariamente a algunos aspectos de sus derechos soberanos y celebran tratados por los que aceptan decisiones extranjeras como medio de reforzar la cooperación. Sin embargo, no puede esperarse que acepten una decisión de un tribunal extranjero que justifique el enjuiciamiento de uno de sus funcionarios por haber actuado a título oficial si ello no se ha acordado previamente. Por lo tanto, no es sorprendente que los Estados ya hayan reaccionado enérgicamente y puesto en peligro relaciones bilaterales en esos casos. Preocupa al orador que se multipliquen e intensifiquen las tensiones entre los Estados si la Comisión aprueba el proyecto de artículo 7 propuesto y los tribunales nacionales lo aplican como derecho sin que los Estados lo hayan aceptado en el marco de un tratado.

11. El orador no está convencido de que el objetivo de impedir la impunidad justifique esas tensiones; más bien, las futuras tensiones podrían, en la práctica, conducir a un sistema de justicia de dos niveles, en el que los Estados más fuertes podrían proteger a sus funcionarios contra su enjuiciamiento y los Estados más débiles no. Esta situación corre el riesgo de agravar el actual problema por el que los Estados africanos se quejan de que la Corte Penal Internacional está concentrando sus esfuerzos de manera selectiva en África. La sospecha de trato desigual podría socavar por completo la causa de la justicia penal internacional. ¿Desea realmente la Comisión correr ese riesgo? El orador está de acuerdo con otros miembros en que las excepciones a la inmunidad están inextricablemente relacionadas con las garantías procesales, que son un elemento esencial del enfoque sistémico. Por consiguiente, las excepciones no pueden abordarse debidamente sin conocer las normas procesales que les serían aplicables.

12. Dado que las excepciones para los crímenes internacionales más graves propuestas por la Relatora Especial no reflejan el derecho internacional consuetudinario establecido, el orador se pregunta si la Comisión podría, al menos, indicar que el derecho no está claro y que su

mandato incluye la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Así, la cuestión de lo que dice el derecho existente podría quedar abierta, y la Comisión podría proponer una excepción que se base, al menos en parte, en una preferencia normativa a favor de la existencia de una excepción. Un miembro ha señalado que la Comisión tiene por práctica no distinguir claramente entre codificación y desarrollo progresivo, pero que ello se remonta a un tiempo en que la Comisión aún se dedicaba principalmente a la elaboración de tratados, para lo que no tenía mucha importancia si una norma propuesta reflejaba el derecho consuetudinario existente o una nueva norma. Después de todo, los Estados negociadores deciden qué incluir en un tratado y si lo aceptan o no. No obstante, en el contexto del presente tema, la Comisión no parece estar elaborando un tratado. Las opiniones que expresa sobre el derecho vigente pueden ser utilizadas por los tribunales nacionales e internacionales, que necesitan saber cuál es ese derecho. Por lo tanto, la Comisión debe ser transparente al indicar si enuncia derecho existente o propone un nuevo derecho. La Comisión aún no ha dicho claramente si propone un proyecto de tratado o no, pero, suponiendo que lo haga, tendría que reflexionar detenidamente sobre si un tratado con el proyecto de artículo 7 propuesto tendría una amplia ratificación. La Comisión debe estudiar cuidadosamente las consecuencias y posibles salvaguardias de los proyectos de artículo antes de su aprobación. Dado que las excepciones propuestas en el proyecto de artículo 7, párrafo 1 *a*, no reflejan el derecho internacional consuetudinario establecido, la Comisión debe indicar claramente que el derecho no está aún establecido y estudiar el contenido deseable del nuevo derecho en el marco del desarrollo progresivo.

13. El orador sería partidario de que la Comisión tomara la decisión audaz de proponer un tratado en el que los Estados acuerden renunciar a la inmunidad de sus funcionarios por los crímenes más graves, lo que permitiría el enjuiciamiento de todos los presuntos infractores y reforzaría la lucha contra la impunidad. Así se aclararía la situación y se disiparía cualquier preocupación de las partes en ese tratado en relación con la igualdad soberana. Los Estados ya han renunciado a su inmunidad en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero esa renuncia no se aplica a los procedimientos no previstos en el Estatuto de Roma. Si la Comisión no quiere arriesgarse a pedir a los Estados que acepten las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* mediante un tratado, debe tratar de proponer una solución que tenga en cuenta, en el marco del derecho vigente, el interés común en que se castiguen todos los crímenes internacionales, incluidos los cometidos por funcionarios del Estado.

14. En ese espíritu, el orador desea formular una propuesta constructiva, sobre la base de la obligación de juzgar. No sería exagerado afirmar la existencia de una obligación, basada en el derecho internacional consuetudinario, de enjuiciar los crímenes internacionales más graves. Aunque la Comisión no ha abordado la cuestión en sus trabajos sobre el tema «*Aut dedere aut iudicare*», la Corte Internacional de Justicia, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Asamblea General han confirmado la obligación consuetudinaria de enjuiciar el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa

humanidad. Los Estados no pueden eludir esa obligación invocando la inmunidad de sus funcionarios. Otros Estados tienen un legítimo interés en contribuir a velar por que un Estado que invoca la inmunidad *ratione materiae* de uno de sus funcionarios enjuicie realmente a dicha persona si existen suficientes pruebas para iniciar una investigación, en el respeto de las garantías procesales. Por consiguiente, la Comisión debe proponer a los Estados una alternativa que haga que se sientan de alguna forma presionados para enjuiciar a sus propios funcionarios por los crímenes internacionales más graves, que podría denominarse obligación de «renunciar a la inmunidad o juzgar». La Comisión debe recordar a los Estados que existe una obligación de enjuiciar los crímenes más graves del derecho internacional, y que la finalidad de las normas sobre la inmunidad no es permitir la impunidad. Es preciso que los Estados ejerzan su derecho a invocar la inmunidad de sus funcionarios por actos oficiales de un modo que no contravenga la necesidad de enjuiciar los crímenes internacionales más graves, y, por lo tanto, que tengan que elegir entre renunciar a la inmunidad de sus funcionarios ante los tribunales de un Estado extranjero o comprometerse a cumplir su obligación de enjuiciar a sus propios funcionarios. Esa obligación de renunciar a la inmunidad o juzgar podría enunciarse a continuación de un párrafo en que se recuerde a los Estados los límites y excepciones a la inmunidad generalmente aceptados, incluida la renuncia a la inmunidad y lo que la Relatora Especial llama la «excepción territorial».

15. Sobre esa base, el orador propone que el proyecto de artículo 7 diga lo siguiente:

«Límites y excepciones

1. La inmunidad no se aplicará:

a) si el Estado del funcionario renuncia a la inmunidad, ya sea en un caso concreto o mediante un tratado;

b) en caso de que los presuntos crímenes causen daños en personas [...] cuando los mismos presuntamente se hayan producido en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se hayan cometido los crímenes.

2. El Estado del funcionario renunciará a la inmunidad o someterá el asunto a sus propios tribunales a efectos de enjuiciamiento en relación con los siguientes presuntos crímenes:

a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o la tortura;

b) [otros posibles crímenes].

3. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

4. [Cláusula sin perjuicio].»

16. Esa formulación ofrece una solución de compromiso adecuada y equitativa entre la exigencia de respetar

el principio de igualdad soberana y la estabilidad de las relaciones internacionales, por una parte, y la exigencia de que se rindan cuentas y se impida la impunidad por los crímenes internacionales más graves, por la otra. Está en consonancia con el marco establecido por la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*. Así pues, los Estados en los que el presunto infractor es detenido o enjuiciado podrían, cuando otro Estado invoque la inmunidad de este, solicitar seguridades en el sentido de que las acusaciones darán lugar a un enjuiciamiento en el Estado del que el presunto infractor es funcionario. Es cierto que esta solución entraña el riesgo de que el Estado que invoca la inmunidad no lleve a cabo investigaciones apropiadas, pero ese riesgo es inherente a todos los mecanismos comparables basados en el principio *aut dedere aut iudicare*.

17. Es evidente para el orador y otros miembros que hay pocos elementos que apoyen la afirmación de la Relatora Especial de que cada vez hay más pruebas de la existencia de una tendencia inversa y que poderosas razones de política invitan a actuar con cautela. La Relatora Especial se ha referido, en la declaración introductoria que ha hecho durante el actual período de sesiones, a la pregunta planteada por el Sr. McRae en el 68º período de sesiones sobre el lado de la historia en que desea situarse la Comisión. No obstante, la experiencia ha demostrado que es importante actuar con modestia y cautela al tratar de mirar hacia el futuro, no basarse en vagas suposiciones sobre el pasado, no subestimar la permanencia de ciertos principios y prácticas tradicionales y no actuar de forma prematura para no producir inadvertidamente efectos contraproducentes. Incluso si fuera cierto que, como ha sugerido un miembro, resulta impensable que el régimen consuetudinario de inmunidades haya permanecido inmutable durante el cuarto de siglo de evolución del derecho penal internacional, no está claro que ello tenga por consecuencia una excepción como la que se propone en el informe.

18. En conclusión, el orador no puede apoyar que se remita sin más el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción. La Comisión debe aclarar y acordar ciertos parámetros básicos de sus trabajos futuros en relación con la propuesta que figura en el quinto informe, basados en el debate celebrado en sesión plenaria. Dada la divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión sobre una cuestión sumamente importante, si se sigue trabajando sobre la base de ese desacuerdo, la autoridad de la labor de la Comisión sobre el tema y en general se vería comprometida. Conforme a la definición de consenso aprobada por la Comisión en su anterior período de sesiones, es necesario hacer todo lo posible por lograr un acuerdo general.

19. El Sr. TLADI dice que el Sr. Nolte critica el proyecto propuesto por la Relatora Especial porque no refleja la práctica y, sin embargo, en su propia propuesta prevé la excepción territorial y la obligación del Estado de enjuiciar los crímenes internacionales más graves. Sin duda, esas excepciones reflejan las propias preferencias normativas del Sr. Nolte, y no la práctica real.

20. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, responde al Sr. Tladi que, si existe

una obligación de enjuiciar, los Estados implícitamente pueden optar por enjuiciar o por renunciar a la inmunidad. Esa elección probablemente se deriva de la *lex lata*. En cuanto a la «excepción territorial», debe explicarse mejor, pero, a su juicio, el concepto básico puede considerarse derecho internacional consuetudinario.

21. El Sr. JALLOH dice que comparte la preocupación del Sr. Nolte por la posible inestabilidad de las relaciones internacionales que podría provocar la existencia de múltiples excepciones a la inmunidad. No obstante, esas cuestiones podrán tratarse oportunamente cuando se aborden los mecanismos de procedimiento apropiados. No ve ninguna razón para impedir el debate sobre el proyecto de artículo 7 cuando la Comisión sabe que en el próximo informe de la Relatora Especial se abordarán esos mecanismos. La Comisión podrá entonces centrar su atención en el equilibrio entre el principio de soberanía y el llamamiento generalizado a favor de la rendición de cuentas, en particular por quienes ocupan los cargos de mayor responsabilidad.

22. El Sr. HASSOUNA felicita al Sr. Nolte por su exposición analítica y pertinente, que resume las opiniones de muchos miembros y pone de relieve la dificultad de alcanzar un consenso sobre los límites y excepciones a la inmunidad. Sin embargo, no comparte su conclusión de que no hay que remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción. Después de todo, la experiencia ha demostrado que el Comité de Redacción es precisamente el lugar donde es posible conciliar las opiniones divergentes y alcanzar un consenso. Se pregunta si el Sr. Nolte tiene en mente algún otro tipo de procedimiento.

23. El Sr. ŠTURMA dice que la opinión del Sr. Nolte es muy similar a la suya, en particular en lo que respecta a la aplicación de una renuncia excepcional a la inmunidad en relación con los crímenes más graves y la «excepción territorial». Sin embargo, también a él le preocupa el modo en que la Comisión proseguirá su labor sobre el tema.

24. El Sr. SABOIA, observando que el Sr. Nolte ha hecho su pertinente intervención en su calidad de miembro de la Comisión, dice que las deliberaciones parecen orientarse a cuestiones que es preferible examinar en el debate que se celebrará después de la recapitulación de la Relatora Especial, cuando la Comisión tome una decisión sobre la forma de proceder. Expresa su preocupación por la falta de claridad procedimental en el debate en curso.

25. El PRESIDENTE dice que está de acuerdo con el Sr. Saboia en que es necesario distinguir entre su intervención como miembro de la Comisión, por una parte, y el debate sobre la forma de avanzar después de la recapitulación de la Relatora Especial, por la otra. Entiende que algunas de las intervenciones anteriores se refieren a la propuesta sobre la forma de proceder que hizo en su declaración como miembro, pero también coincide plenamente con el Sr. Saboia en que las reacciones a su declaración no deben anticipar el debate general de la Comisión en relación con la decisión que debe adoptarse.

26. La Sra. LEHTO dice que, si bien acoge con satisfacción la declaración del Sr. Nolte, en vista de las observaciones del Sr. Saboia preferiría dar a conocer sus

opiniones después de que la Relatora Especial exponga su resumen del debate.

27. La Sra. ORAL desea agradecer al Sr. Nolte su declaración analítica y objetiva, pero se pregunta si la formulación de propuestas de texto en sesión plenaria es una nueva práctica.

28. El Sr. RAJPUT dice que conviene con el Sr. Saboia en que es preciso escuchar a la Relatora Especial antes de proseguir el debate. Sin embargo, no comparte la opinión del Sr. Hassouna en el sentido de dejar en manos del Comité de Redacción la difícil tarea de alcanzar un consenso. Es importante que los miembros que tengan serias reservas sobre la propuesta de proyecto de artículo puedan expresar sus preocupaciones, y tendría que haber un intercambio y un debate sobre sus opiniones antes de remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción, sobre todo porque cuestionan el fundamento mismo del proyecto de artículo.

29. El Sr. RUDA SANTOLARIA dice que coincide con el Sr. Saboia en que la Comisión debe escuchar la recapitulación de la Relatora Especial antes de seguir estudiando la manera de avanzar. No cree que las diferencias de opinión entre los miembros sean motivo para no remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción, que en el pasado ha podido conciliar opiniones divergentes sobre diversos temas.

30. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que no puede recordar, en sus seis años como miembro de la Comisión, ni una sola vez en que un debate sobre el procedimiento que debe seguirse haya tenido lugar antes de que el Relator Especial haya resumido el debate y formulado una propuesta. El Presidente, por supuesto, tiene derecho a expresar su opinión, como miembro de la Comisión, sobre la conveniencia o no de remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción, pero el debate en curso, en el que la Comisión está examinando esa cuestión únicamente sobre la base de una propuesta formulada por un miembro, supone un alejamiento muy poco frecuente de la práctica habitual.

31. El PRESIDENTE, en respuesta a la observación del Sr. Saboia, dice que los miembros simplemente han respondido a su intervención como miembro de la Comisión, durante la cual ha hecho una propuesta sobre el camino a seguir. Está totalmente de acuerdo en que es importante no anticipar el debate que seguiría a la recapitulación de la Relatora Especial. Ciertamente no tiene intención de «impedir» un debate sobre las excepciones, como parece creer el Sr. Jalloh.

32. Al hablar en su calidad de miembro de la Comisión, el orador ha hecho lo que otros miembros, es decir, formular una propuesta y responder a las observaciones al respecto. En su calidad de Presidente, está obligado a dar la palabra a los miembros que desean intervenir en el minidebate, pero no ha sido su intención impedir el debate general. De hecho, ha escogido cuidadosamente sus palabras al afirmar que no puede aceptar que el proyecto de artículo 7 se remita «sin más» al Comité de Redacción. En su opinión, el Comité puede elegir entre abordar el tema como una cuestión de *lex ferenda*, en cuyo caso

la propuesta debe debatirse con las debidas salvaguardias de procedimiento, o como una cuestión de *lex lata*, que es su enfoque preferido. El orador es flexible en cuanto a la manera de proceder pero, como la Comisión está hablando sobre un tema que afecta directamente a los tribunales, incluidos los tribunales nacionales, debe quedar absolutamente clara la dirección que se elija.

33. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial), resumiendo el debate sobre su quinto informe relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dice que, como era de esperar, el carácter controvertido de los límites y excepciones a la inmunidad ha dado lugar a un debate amplio en el que ha participado un número de miembros considerablemente mayor que en el anterior período de sesiones. No cree que deba pronunciarse ahora sobre los comentarios relativos a la extensión del informe, ya que considera que es una cuestión que debe abordarse en el seno del Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión. También ha habido críticas sobre el contenido mismo del informe y su utilidad para abordar el tema. Para el Sr. Tladi, algunas secciones son innecesarias por cuanto simplemente constituyen temas ya analizados con anterioridad por la Relatora Especial, meros resúmenes de las posiciones mantenidas en relación con esta cuestión en el marco de la Comisión de Derecho Internacional o de la Sexta Comisión, e incluyen apartados que nada tienen que ver con el tema que se examina, en especial el tratamiento de la relación entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales. La oradora no cree que dicha afirmación tenga fundamento, ya que todas estas cuestiones son analizadas desde la perspectiva de los límites y excepciones a la inmunidad con la finalidad de ofrecer elementos de juicio para los miembros de la Comisión. Tampoco puede compartir la afirmación de Sir Michael Wood de que el capítulo dedicado a la categorización sistémica de los crímenes internacionales como excepción a la inmunidad no tiene interés para la Comisión porque se limita a reproducir teorías selectivas a favor de las excepciones a la inmunidad. Siendo franca, la oradora cree que tales planteamientos reflejan una concepción estrecha del trabajo de la Comisión y de sus relatores especiales. Por el contrario, la utilidad de los contenidos del informe ha sido refrendada por la mayoría de los miembros de la Comisión.

34. Varios miembros han planteado la cuestión de la forma en que se utilizan en el informe el excelente memorando elaborado por la Secretaría sobre el tema<sup>245</sup> y los tres informes presentados por el entonces Relator Especial, el Sr. Kolodkin<sup>246</sup>. En especial, el Sr. Rajput ha criticado el contenido y la metodología seguida en el informe de la oradora, alegando que se ha separado de las líneas seguidas con anterioridad por su antecesor sin dar ninguna justificación. Sin embargo, si un nuevo Relator

Especial considerase conveniente apartarse de proyectos ya aprobados por la Comisión, debe justificarlo adecuadamente, porque no se trata únicamente del trabajo individual de un Relator Especial, sino de la expresión de la voluntad colectiva de la Comisión, y este no es el caso. El propio Sr. Kolodkin ha señalado que lo que importa son los argumentos que se contienen en su segundo informe y los que la oradora formula en su quinto informe. La oradora coincide en parte con él cuando afirma que, desde que terminó su tercer informe hace seis años, no hay elementos nuevos que expliquen un cambio de aproximación al tema. Pero, en realidad, el problema radica en que, desde que se inició el trabajo de la Comisión sobre el tema, hace ya casi diez años, las posiciones sobre los límites y excepciones no han ido nunca en una sola dirección, ni los debates que se han celebrado permiten concluir que se haya aceptado la inexistencia de límites o excepciones a la inmunidad.

35. De forma mayoritaria, los miembros de la Comisión han señalado que el quinto informe ofrece un importante estudio de la práctica que constituye una buena base para los trabajos. Un amplio número de ellos ha considerado valioso y útil el tratamiento dado a la jurisprudencia tanto internacional como nacional, con independencia de las observaciones que se han podido realizar sobre cuestiones como el valor que ha de reconocerse a las sentencias de los tribunales internacionales en relación con la identificación de la existencia de una costumbre internacional. Otros miembros, no obstante, han reiterado que solo la jurisprudencia internacional es relevante, ya que solo dicha jurisprudencia es homogénea y coherente, reafirmando de forma inequívoca la inexistencia de límites y excepciones a la inmunidad. Esta observación ha sido, sin embargo, puesta en tela de juicio por otros miembros, que han coincidido con la Relatora Especial en destacar que los fallos de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden ser objeto de una lectura más matizada, en especial porque o bien se ocupan solo de la inmunidad *ratione materiae*, o bien se refieren exclusivamente a la inmunidad del Estado, de forma que se pone de manifiesto que no se están pronunciando sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A lo que ha de añadirse que las más recientes, en especial la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido*, constatan la existencia de una fluctuación en el derecho que los Estados habrán de seguir de cerca.

36. La oradora toma nota de las referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han señalado dos miembros de la Comisión.

37. La mayoría de los miembros han afirmado la necesidad de analizar la jurisprudencia nacional y su relevancia para el tema, pero la oradora toma nota también de la posición mantenida por un grupo reducido de miembros, para quienes dicha jurisprudencia es irrelevante porque es muy reducida, se refiere a un período muy largo de tiempo, no es homogénea y, además, la práctica analizada se refiere a la jurisdicción tanto civil como penal. La oradora desea destacar, no obstante, que la actuación de los tribunales nacionales debe analizarse porque se encuentra precisamente en el origen de los problemas que

<sup>245</sup> El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, 2008). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

<sup>246</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).

se abordan en el presente tema. Desde esta perspectiva, si realmente la jurisprudencia nacional es tan irrelevante, resulta difícil entender por qué los Estados vienen destacando de modo reiterado la importancia del tema de las inmunidades de los funcionarios del Estado y analizan con la máxima atención los trabajos de la Comisión. La oradora considera, por tanto, que la práctica estatal no puede ser calificada de irrelevante.

38. Dejando a un lado los comentarios sobre la forma en que la jurisprudencia nacional se cita en el informe, lo cierto es que la misma parece que ha permitido a los miembros de la Comisión comprobar los casos citados y formarse un juicio sobre los mismos. En este sentido han de entenderse los comentarios de algunos miembros sobre los casos incluidos en el estudio de la práctica. La tarea de analizar cuidadosamente cada uno de dichos casos se puede abordar más adecuadamente en el seno del Comité de Redacción.

39. La oradora toma buena nota de los comentarios sobre la falta de referencias a la jurisprudencia en determinadas regiones, en especial África y Asia, así como sobre la necesidad de analizar con más detalle algunos asuntos. En especial, da las gracias al Sr. Nguyen por sus esfuerzos por buscar información complementaria sobre decisiones judiciales relativas a la inmunidad en Asia y agradecería enormemente al resto de miembros cualquier otra información que puedan aportar a los trabajos.

40. Por lo que se refiere al análisis de la legislación nacional que se contiene en el informe, algunos miembros de la Comisión han expresado su opinión de que no es relevante, ya que las leyes de inmunidad examinadas se refieren en todos los casos a la inmunidad del Estado, y en ninguna de ellas se establecen límites o excepciones a la inmunidad. Por el contrario, la oradora considera que el estudio de las citadas leyes es relevante por varias razones: en primer lugar, permiten diferenciar la inmunidad del Estado y la inmunidad del funcionario del Estado que, por norma, no se regula salvo en el caso de los Jefes de Estado; en segundo lugar, pone de manifiesto que ni siquiera la inmunidad del Estado se concibe como una inmunidad absoluta, estableciendo un sistema de excepciones a la misma; y, en tercer lugar, permite ver el lugar atribuido a la denominada «excepción territorial». La oradora desea, además, llamar la atención sobre un hecho que no se ha mencionado en el debate: el artículo 23 de la Ley Orgánica núm. 16/2015, de 27 de octubre de 2015, de España, que regula la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, reconoce una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en caso de crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y desaparición forzada.

41. Una segunda crítica vertida por algunos miembros se refiere a la irrelevancia del análisis de las leyes de implementación del Estatuto de Roma, ya que las mismas no son sino casos de aplicación de las obligaciones contenidas en un tratado internacional. Dicha interpretación no es, a juicio de la oradora, correcta. El Estatuto de Roma no contiene ninguna obligación de adoptar medidas legislativas nacionales, salvo las relativas al establecimiento de mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional. Toda ley de alcance más general que tenga como objetivo aplicar el Estatuto de Roma a nivel

nacional es libre y voluntariamente adoptada por los Estados y no tiene otra finalidad que permitir a los Estados partes beneficiarse del principio de complementariedad, ya que, si no incorporasen los crímenes enunciados en el Estatuto de Roma en el derecho interno o no estableciesen su competencia respecto de tales crímenes, no podrían nunca oponerse al ejercicio de su jurisdicción por la Corte Penal Internacional. Y, sin embargo, los Estados partes están adoptando legislaciones de implementación, lo que conduce a la conclusión de que los Estados consideran que son los tribunales nacionales los que deben ejercer en primer lugar la jurisdicción respecto de estos crímenes horrendos. Desde esta perspectiva, analizar la forma en que las leyes de implementación han tratado el tema de las inmunidades de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros resulta plenamente relevante para los trabajos de la Comisión. Se trata de un ejemplo de la práctica que puede derivarse de un tratado sin que el Estado esté obligado a ello. Otro tanto se puede decir de los efectos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, a la que también se ha hecho referencia en los debates.

42. Algunos miembros de la Comisión han afirmado la necesidad de tomar en consideración otras formas de práctica estatal, en especial las decisiones de los fiscales y de otras autoridades que, aunque no sean órganos judiciales, tienen la potestad de iniciar investigaciones penales, por un lado, y gestiones diplomáticas, por otro. Dichas actuaciones se suelen desarrollar de forma confidencial, por lo que el acceso a las mismas resulta extremadamente difícil, por no decir imposible. Teniendo ello en cuenta, la oradora tiene serias dudas de que tales actos puedan ser considerados como práctica relevante a los efectos de los trabajos. En todo caso, dicha práctica negativa, de silencio u omisión, no es relevante para identificar una costumbre ni tampoco una tendencia. Los comentarios de la oradora no afectan a otras formas de práctica diplomática, como las declaraciones de los Estados en la Sexta Comisión o ante otros foros, que han sido debidamente tenidas en cuenta en el informe.

43. Aunque el análisis que hace la oradora de la distinción entre límites y excepciones ha sido recibido favorablemente en general, se han realizado dos observaciones críticas principales. En primer lugar, la imposibilidad de hacer una distinción estricta entre límites y excepciones y, por ello, la irrelevancia de dicho análisis. En segundo lugar, la incongruencia que representaría establecer una distinción en el informe y proponer luego en el proyecto de artículo una fórmula simplificadora que se refiere únicamente a la no aplicabilidad de la inmunidad.

44. Comenzando por la primera de las cuestiones, la oradora desea destacar que la mayoría de los miembros de la Comisión comparten el criterio conforme al cual es útil y necesario proceder a un análisis en la forma en que se realiza en el informe. La distinción entre excepciones y límites no responde a un ejercicio puramente teórico, sino que tiene consecuencias prácticas de notable importancia y está estrechamente relacionada con la consideración del derecho internacional como un sistema jurídico y no solo como un mero «*bric-à-brac*». Si solo se retiene el concepto de límite, la Comisión se estará moviendo únicamente en el marco de un régimen jurídico autónomo

y autosuficiente en el que nada fuera de la inmunidad es relevante. Si, por el contrario, solo se retiene el concepto de excepción, la Comisión puede correr el riesgo de pensar que puede dejar de lado elementos estrechamente unidos al régimen de la inmunidad, como el valor de la estabilidad de las relaciones internacionales o la necesidad de asegurar que ciertos funcionarios del Estado puedan desempeñar libremente sus funciones de representación internacional. En definitiva, solo mediante el análisis conjunto de los límites y excepciones se asegura que la Comisión pueda tomar en consideración todas las normas, principios y valores jurídicos pertinentes.

45. Sin embargo, la necesidad metodológica de llevar a cabo dicho análisis no está reñida con proponer fórmulas pragmáticas para resolver problemas que surgen en el camino. A ello obedece la propuesta de incluir, en el título y en el encabezado del proyecto de artículo 7, la referencia a los «crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica». La expresión «no se aplica» permite ofrecer una solución pragmática a un problema real: la falta de consenso sobre si los crímenes internacionales pueden ser considerados o no actos realizados a título oficial. Una falta de consenso que, sin embargo, no ha impedido a un buen número de miembros de la Comisión, al igual que a un cierto número de Estados, tribunales nacionales y a la doctrina, concluir que la inmunidad no se aplica frente a la comisión de los más horribles crímenes internacionales que ofenden a la conciencia de la humanidad. El título del proyecto de artículo 7 permite dar cobertura tanto a un caso como a otro, algo que debería ser mencionado en el comentario a efecto de evitar confusiones o malentendidos. La oradora quisiera señalar que esta propuesta pragmática no es nueva en la práctica de la Comisión, que la utilizó ya en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes<sup>247</sup>. En consecuencia, no cree que la distinción entre los conceptos de límites y excepciones sea incompatible con el concepto de «no aplicación de la inmunidad» que se contiene en el proyecto de artículo 7, que —por otro lado— ha sido apoyada por los miembros de la Comisión.

46. Uno de los temas que ha generado mayor controversia en los debates de la Comisión es saber si existe o no una norma consuetudinaria que establezca límites y excepciones a la inmunidad. En un primer grupo se encuentran quienes consideran que no existe ni costumbre ni tendencia en tal sentido. En un segundo grupo se sitúan aquellos que, si bien expresan dudas y reservas sobre la existencia de una costumbre, entienden que hay una práctica que revela una tendencia a favor de las excepciones. Estos posicionamientos se refieren, como regla, a los crímenes internacionales y son en parte distintos respecto de los crímenes de corrupción y la «excepción territorial». Las conclusiones de la oradora sobre el tema se han basado en los trabajos de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, y desea señalar que los comentarios a los proyectos de conclusión 2, 3, 4, 8, 10 y 14<sup>248</sup>, entre otros, que han sido provisionalmente aprobados en relación con ese tema, apoyan los argumentos expresados en su quinto informe.

<sup>247</sup> *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28.

<sup>248</sup> Véase *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 69 y ss., párr. 63.

47. El hecho de que varios miembros hayan observado una tendencia clara a favor de reconocer excepciones a la inmunidad obliga a preguntarse qué se entiende por «tendencia». Si bien no implica una norma existente o de *lex lata*, sí apunta a una norma emergente, o de *lex ferenda*, a cuya aparición están contribuyendo algunos Estados.

48. La calificación de la práctica analizada en el informe de la oradora como *lex lata* o como *lex ferenda* puede ser discutida, y esa es precisamente la función que la Comisión debe ejercer. Sin embargo, afirmar que ni siquiera existe una tendencia y, por tanto, no hay ningún elemento de *lex ferenda* que deba ser considerado por la Comisión, no se puede sostener a la luz de la práctica. ¿O es que se puede afirmar que todos los tribunales nacionales que han reconocido alguna forma de límite o excepción se han equivocado o, peor aún, que han actuado al margen o en violación del derecho internacional? Las consecuencias de dicha afirmación merecen un análisis mayor que el que se les ha dedicado durante el debate por parte de los miembros de la Comisión que han negado la existencia de una tendencia.

49. Algunos miembros se han referido en sus intervenciones al «derecho nuevo». Al margen de otras consideraciones, a la oradora le resulta difícil aceptar que se pueda utilizar dicha expresión como base de los trabajos de la Comisión sin ningún tipo de aclaración. Cabe plantearse varias preguntas: ¿El derecho nuevo es el que se opone al antiguo o es el que se construye sobre la base y a partir del antiguo? ¿El derecho nuevo es solo el derecho que aún no existe, el que está en proceso de formación, o el que se quiere establecer al margen de la práctica? Tampoco está claro si la expresión «derecho nuevo» significa que el proyecto de artículo 7 no solo no existe como norma, sino que —además— carece de relación con el derecho anterior y no responde a criterio técnico o jurídico alguno. Si ello es así, la oradora no puede compartir la idea de que la única tarea que puede abordar la Comisión es la de definir un «derecho nuevo» que regule el sistema de límites y excepciones aplicables a la inmunidad.

50. Por el contrario, el debate de la Comisión debe centrarse en determinar si existe o no la *lex lata* y, en su caso, si tiene perfiles precisos o discutibles. Y, junto a ello, también se debe identificar si es posible hablar de una *lex ferenda* que permita a la Comisión ofrecer propuestas para regular un problema que existe e interesa a los Estados, sobre la base de elementos que se puedan encontrar en la práctica y sostener en un análisis sistemático del derecho internacional. Esta es, a juicio de la oradora, la posición mayoritaria de los miembros de la Comisión.

51. La relación entre la codificación y el desarrollo progresivo también ha sido objeto de un arduo debate en la Comisión. La oradora desea señalar, a este respecto, el hecho de que, al igual que en otros proyectos preparados por la Comisión, el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado incorpora normas de codificación y normas de desarrollo progresivo. Sin embargo, no parece conforme al mandato de la Comisión referirse sistemáticamente al desarrollo progresivo para minorar el alcance y valor de ciertas propuestas. Ni la codificación ni el desarrollo progresivo tienen mayor o menor valor técnico y jurídico.



52. La fundamentación sistémica de los límites y excepciones a la inmunidad, que ha suscitado —para sorpresa de la oradora— tanta alarma y rechazo entre algunos miembros de la Comisión, no es ni más ni menos que un intento de aplicar al tema, de forma combinada, coherente y no contradictoria, las funciones de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.

53. Es evidente que la decisión de proceder a la codificación o el desarrollo progresivo no puede responder a una mera preferencia. Existen normas técnicas y jurídicas que indican cuándo es posible proceder en uno u otro sentido. Si la codificación exige la prueba de la preexistencia de una norma, el desarrollo progresivo no puede entenderse como una mera propuesta que nace sin antecedentes ni práctica previa.

54. Las declaraciones formuladas por los miembros durante el debate ponen de manifiesto una tendencia mayoritaria a favorecer que el trabajo de la Comisión se oriente hacia un equilibrio que respete la igualdad soberana y que impida al mismo tiempo que la inmunidad funcione como una barrera respecto de la rendición de cuentas por los más graves crímenes internacionales.

55. La oradora comparte plenamente la opinión general expresada sobre la importancia de un adecuado tratamiento de los aspectos procesales de la inmunidad. Las razones para ello son múltiples, como la necesidad de evitar todo riesgo de politización y la necesidad de asegurar el respeto de las garantías procesales internacionalmente establecidas, preocupación que se ha expresado en el párrafo 247 de su informe.

56. La oradora no tiene duda alguna de la importancia de abordar los aspectos procesales para tener una visión completa de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dado que la inmunidad se ejerce frente a las jurisdicciones del Estado del foro, la Comisión no puede dejar de analizar elementos como quién, cuándo y cómo se puede alegar la inmunidad o se ha de evaluar la oponibilidad de la inmunidad. Algunos miembros de la Comisión han señalado que esas cuestiones se han examinado en el tercer informe del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin. Sin embargo, cabe recordar que el Sr. Kolodkin analizó los aspectos procesales de la inmunidad al término de su labor, después de haber estudiado cuestiones como la ausencia de inmunidad y las excepciones a la misma. Y, sin duda, con buenas razones para ello. Después de todo, ¿no será necesario analizar primero los aspectos sustantivos de los límites y excepciones a la inmunidad para decidir luego los instrumentos procesales para tratar dicha cuestión? Si esta estructura fue aceptada en 2011 por la Comisión, a la oradora le resulta difícil entender por qué en este momento el citado modelo ya no es válido. ¿Quizás porque la posibilidad de establecer límites o excepciones a la inmunidad ha aparecido en el horizonte de los trabajos de la Comisión?

57. La oradora atribuye gran importancia a los aspectos procesales de la inmunidad desde el comienzo de la labor sobre el tema, sobre todo porque considera que es esencial tener una idea completa del significado de la «inmunidad de jurisdicción». Por ese motivo incluyó

en su segundo informe<sup>249</sup> la cuestión de la definición de dos conceptos que, a su juicio, son esenciales para abordar correctamente el tema de la inmunidad, a saber, los conceptos de «inmunidad» y de «jurisdicción». En aquel momento, algunos miembros de la Comisión se opusieron a introducir una definición con el argumento —respetable, por cierto, pero que la oradora no puede compartir— de que ambos conceptos nunca habían sido definidos por la Comisión en sus trabajos previos y que, además, era innecesaria porque cuando se habla de inmunidad y de jurisdicción todo el mundo sabe perfectamente de qué se está hablando. El resultado de esas objeciones es que dichas propuestas de definición se encuentran ante el Comité de Redacción desde 2012. Aunque, sin duda, habría sido útil abordar con mayor detalle las cuestiones de procedimiento en aquel momento, la oradora no cree que sea metodológicamente admisible plantearlas en el actual período de sesiones, cuando la Comisión está abordando las cuestiones relativas a los límites y excepciones a la inmunidad.

58. El análisis de las cuestiones procesales debe incluir la alegación de la inmunidad o la renuncia a esta y el momento en que la inmunidad debe aplicarse, como han mencionado algunos miembros de la Comisión, pero también la comunicación entre las autoridades del foro y el Estado del funcionario, o los mecanismos de cooperación y asistencia judicial internacional que podrían tomarse en consideración a fin de preservar el equilibrio entre los distintos valores y principios jurídicos en juego, y para definir cláusulas de salvaguardia respecto de los posibles casos de abuso y politización que se pueden producir en la práctica. La Comisión dirigió una pregunta sobre esas cuestiones a los Estados en 2016, pero, hasta la fecha, solo seis Estados han respondido. También es vital, a juicio de la oradora y de un importante número de miembros de la Comisión, abordar la necesidad de garantizar en toda circunstancia el respeto de los derechos de defensa y otros elementos que integran el concepto de juicio justo.

59. Todos estos elementos que la oradora ha mencionado deberán ser analizados en su sexto informe. A ese respecto, la oradora reitera el ofrecimiento y la disponibilidad para celebrar consultas informales sobre este tema en la segunda parte del período de sesiones, una vez que se haya terminado el tratamiento del quinto informe, sobre la base de un documento oficioso que con mucho gusto remitirá a los miembros de la Comisión.

60. La oradora toma buena nota de la propuesta alternativa de proyecto de artículo 7 que ha presentado el Sr. Nolte. Aunque no puede compartirla a los efectos del debate actual, ya que no se refiere realmente a los límites y excepciones a la inmunidad, no puede tampoco dejar de señalar que contiene elementos interesantes que podrían ser considerados en el momento en que la Comisión aborde de manera monográfica el tema de los aspectos procesales de la inmunidad.

61. La oradora espera haber aclarado su posición sobre las cuestiones procesales y sobre lo que se propone hacer en el futuro. Sin embargo, no puede compartir la posición

<sup>249</sup> *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

de algunos miembros respecto de la exigencia de tratar conjuntamente, como un bloque y en términos de condicionalidad, la relación entre las excepciones y los límites a la inmunidad y los aspectos procesales de la misma.

62. En cuanto a las observaciones expresadas en relación con el proyecto de artículo 7, la oradora dice que la mayoría de los miembros de la Comisión han manifestado su opinión favorable al mantenimiento del párrafo 1, con independencia de las opiniones que hayan vertido sobre los crímenes que deben ser incluidos en la lista de delitos respecto de los cuales no se aplica la inmunidad. Un número reducido de miembros ha manifestado reservas respecto del mismo y solo uno ha guardado silencio, ya que no considera adecuada su remisión al Comité de Redacción.

63. En cuanto al párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7, la mayoría de los miembros se han manifestado a favor de incluir los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra, tortura y desaparición forzada por considerar que constituyen el núcleo duro de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional entendida en su conjunto. Aunque algunos miembros han llamado la atención sobre la diferencia existente entre los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, por un lado, y los crímenes de tortura y desaparición forzada, por otro, ello no les ha impedido apoyar la inclusión también de estas dos últimas categorías de crímenes, que han sido objeto de tratados internacionales y que, además, son tipos especiales de los crímenes contra la humanidad.

64. En los períodos de sesiones actual y de años anteriores se ha llamado la atención sobre la necesidad de ampliar las categorías de crímenes recogidas en el párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7 para incluir, entre otros, el *apartheid*, el crimen de agresión, la piratería, la esclavitud, la trata de personas, la destrucción de bienes culturales o el terrorismo. Cada propuesta requiere una respuesta separada.

65. La propuesta de proyecto de artículo 7 de la oradora no pretende minusvalorar el crimen de *apartheid* ni disminuir su gravedad, sobre todo teniendo en cuenta el significado que ha tenido en la historia de la segunda mitad del siglo xx, especialmente en África. Teniendo en cuenta lo dicho por un cierto número de miembros de la Comisión, no tiene ninguna dificultad en incluirlo en la lista de crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica.

66. La oradora sigue teniendo reservas acerca de la inclusión del crimen de agresión en la lista. Las razones que ha dado en su informe siguen siendo válidas y han sido respaldadas por algunos miembros de la Comisión. Además, el riesgo de politización adquiere aquí un significado especial, ya que el crimen de agresión es, por definición, un crimen de líderes. Una vez más, su intención no ha sido restar importancia a la gravedad del crimen, pero su inclusión puede abrir un debate político —en la Comisión y, sobre todo, en la Sexta Comisión de la Asamblea General— que puede contaminar el tratamiento global de los límites y excepciones a la inmunidad. Por consiguiente, la oradora considera que el delito se abordaría mejor en los comentarios, pero deja la decisión en manos de la Comisión.

67. Los demás crímenes a los que se han referido algunos miembros deben abordarse desde una perspectiva diferente, ya que, en sentido estricto, se trata no tanto de crímenes internacionales —salvo, quizás, la piratería y la esclavitud— como de crímenes transnacionales. Aunque es cierto que tienen base convencional y que algunos de ellos aparecen recogidos en el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo), no existe práctica sobre los citados crímenes en relación con la inmunidad. Por ello, la oradora tiene serias reservas respecto de su inclusión en el proyecto de artículo, ya que no cree que sea posible establecer un paralelismo entre los mismos y los crímenes internacionales que se han incluido en la propuesta. Estas consideraciones podrían incorporarse en el comentario al proyecto de artículo, si se considera útil.

68. Algunos miembros de la Comisión han señalado que podría pensarse en redactar una cláusula general en términos amplios, que haga referencia únicamente a los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, a fin de no dejar congelada una lista de crímenes que en el futuro se podría ver ampliada. La oradora comprende perfectamente la propuesta y no puede sino ver con una cierta simpatía la intención que la inspira. Sin embargo, no cree que esta técnica sea la más adecuada para el tema que se examina ni para lograr el objetivo de ofrecer orientaciones seguras a los Estados sobre cuáles son los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica. Además, una referencia abierta quizás podría tener el efecto no deseado de favorecer la politización.

69. Otros miembros de la Comisión han señalado la necesidad de definir con precisión algunos de los crímenes contenidos en el párrafo 1 *a* del proyecto de artículo 7. La oradora considera que sería mejor hacerlo en los comentarios. Existen antecedentes en la práctica convencional que facilitarían esa tarea. Al igual que en el proyecto sobre los crímenes de lesa humanidad, la Comisión se puede inspirar en el Estatuto de Roma y, además, recurrir a 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.

70. Se han hecho varias observaciones sobre los crímenes de corrupción contemplados en el párrafo 1 *b* del proyecto de artículo 7. Un grupo considerable de miembros ha manifestado su rechazo o sus reservas a considerarlos como crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica, mientras que algunos miembros han expresado su apoyo en favor de mantener la referencia en el proyecto de artículos, aunque a veces con matizaciones. Las razones contrarias a la inclusión son esencialmente que los tratados referidos a dichos crímenes no contemplan ninguna excepción a la inmunidad. Sin embargo, otro grupo de miembros ha expresado su opinión de que la corrupción provoca graves daños a los Estados y a sus sociedades, que repercute en las relaciones internacionales y que, por ello, sería conveniente incluir esta categoría de crímenes.

71. En cualquier caso, tanto unos como otros han señalado la necesidad de definir con mayor claridad los

denominados crímenes de corrupción, poniendo especial énfasis en el hecho de que la acusación de corrupción es precisamente uno de los supuestos que se presta más fácilmente a ser utilizado fraudulentamente y con finalidad política. La oradora comparte estas preocupaciones: como se indica en su informe, los supuestos en que los tribunales nacionales se han ocupado de los llamados crímenes de corrupción están directamente vinculados por la «gran corrupción» a que se han referido varios miembros. Si la Comisión decide que la inmunidad no se aplicará en el caso de los crímenes relacionados con la corrupción, el concepto de corrupción a gran escala debería explicarse en el comentario. En cualquier caso, los crímenes de corrupción siempre implican una acción en beneficio propio del funcionario y no podrían calificarse como un acto realizado a título oficial, por lo que, en todo caso, sus autores quedarían excluidos de la cobertura de la inmunidad. En realidad, se trata de un supuesto típico de límite a la inmunidad, que se ha incluido en el proyecto de artículo a fin de aclarar ciertas cuestiones.

72. Con respecto a la «excepción territorial» descrita en el párrafo 1 c del proyecto de artículo 7, algunos miembros han afirmado que se trata de una institución característica de la inmunidad de jurisdicción civil del Estado y que tiene como finalidad esencial cubrir la responsabilidad del Estado en el caso de que se produzcan daños asegurables. A este respecto, la oradora se permite señalar que dicha excepción se ha aplicado también a la inmunidad de agentes diplomáticos y otros agentes en misión que se benefician esencialmente de la inmunidad personal y que, por tanto, no es exclusiva de la inmunidad de jurisdicción del Estado. Otros miembros se han centrado en el elemento territorial para reforzar la validez de la excepción, y algunos de ellos se han referido al caso especial de las actividades militares de fuerzas extranjeras en el territorio de un Estado, afirmando que dicho supuesto no se ha tratado en el informe. No obstante, un número mayor de miembros se ha manifestado, de forma más o menos matizada, a favor de incorporar la excepción territorial.

73. La formulación de la «excepción territorial» está inspirada en el segundo informe del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin. La intención de la oradora al incluirlo en el proyecto de artículo 7 es tomar en consideración ejemplos de la práctica que no dejan de tener relevancia, tales como los actos de sabotaje o los actos de espionaje. Como es obvio, no se trata de establecer supuestos de no aplicación de la inmunidad respecto de infracciones menores como podrían ser, por ejemplo, los accidentes de tráfico a los que parece referirse un miembro. Todos estos elementos podrán ser valorados más adecuadamente en el Comité de Redacción, a efectos de definir de una manera más precisa los términos en que se puede hacer referencia a la «excepción territorial».

74. Varios miembros han planteado la cuestión del distinto fundamento jurídico que puede tener cada uno de los supuestos de no aplicación que se proponen o, si se prefiere, de si se trata de supuestos de codificación o de desarrollo progresivo. Es evidente que, si se compara la práctica que se analiza en el informe, cada uno de los tres apartados del párrafo 1 del proyecto de artículo 7 precisa de un tratamiento diferenciado.

75. Si bien el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 ha recibido un amplio apoyo, dos miembros han expresado su opinión contraria a la no aplicabilidad de límites y excepciones a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentran en el ejercicio de sus respectivos mandatos. Aunque la oradora comprende perfectamente sus argumentos, que van en la línea de reforzar la lucha contra la impunidad, no cree que la Comisión tenga mucho margen de actuación en este ámbito, especialmente porque tanto la práctica internacional como la doctrina se han manifestado en el sentido de declarar el alcance pleno de la inmunidad *ratione personae*. Además, se trata de una regla especialísima que dejará de ser efectiva en el momento en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores finalice su mandato. La oradora es plenamente consciente de que esta circunstancia no se producirá nunca en relación con los mandatarios permanentes como los monarcas, salvo que abduquen o sean destronados, y que, por otro lado, podría tener un cierto «efecto de perpetuación en el cargo». Sinceramente, no cree que la Comisión tenga en sus manos la facultad de definir un instrumento que evite dicho efecto colateral, salvo la posibilidad de hacer una llamada a los Estados para que consideren la retirada de la inmunidad a los miembros de la troika que hayan cometido los crímenes que se enumeran en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, en especial en su apartado a. Pero, en todo caso, dicha retirada de la inmunidad se sitúa ya fuera del régimen aplicable a los límites y excepciones y deberá ser estudiada en el próximo informe.

76. El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 refleja un adecuado equilibrio entre la protección del principio de igualdad soberana, la estabilidad de las relaciones internacionales y la lucha contra la impunidad, como han señalado muchos miembros, por lo que se justifica plenamente su mantenimiento en el proyecto de artículo. La oradora no puede apoyar la opinión minoritaria partidaria de suprimirlo y circunscribir el proyecto de artículo a la inmunidad *ratione materiae*, sin ninguna referencia a la troika.

77. El párrafo 3 también ha recibido un amplio apoyo entre los miembros, que han considerado oportuno mantener una cláusula «sin perjuicio» para definir las relaciones entre este proyecto de artículo y otros instrumentos internacionales en lo que se refiere a la aplicación o no de límites y excepciones a la inmunidad. Este párrafo responde a la realidad innegable de que la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado puede verse afectada por otros regímenes jurídicos internacionales. La utilización de la cláusula «sin perjuicio» responde al mismo modelo empleado en el proyecto de artículo 1, provisionalmente aprobado por la Comisión en 2013<sup>250</sup>.

78. La práctica demuestra que pueden producirse interacciones en una u otra dirección entre distintos regímenes de inmunidad aplicables ante dos tribunales nacionales o ante un tribunal nacional y un tribunal penal internacional y, por tanto, conviene dar orientaciones sobre la forma en que una eventual colisión normativa pueda resolverse. La forma en que el párrafo 3 está

<sup>250</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y 44.

redactado no puede interpretarse como una preferencia a favor de lo dispuesto en el proyecto de artículo 7, ni tampoco como una vía para introducir indirectamente en el proyecto de artículo las reglas relativas a la inmunidad que se contengan en los tratados constitutivos de un tribunal internacional. La cláusula «sin perjuicio» obligará a los Estados a la toma en consideración de ambos instrumentos y a una interpretación conforme o armonizada de los mismos. En respuesta a los dos miembros que plantearon dudas sobre el tipo de tribunal internacional en cuestión, la oradora dice que la interacción se producirá normalmente entre tribunales penales.

79. Teniendo en cuenta lo anterior, la oradora considera, junto a otros miembros de la Comisión, que el párrafo 3 constituye una pieza importante del proyecto de artículo y que debe mantenerse. No obstante, algunos miembros han señalado que podría ser redactado en una forma diferente, como una cláusula «sin perjuicio» autónoma aplicable a todo el proyecto de artículos. La oradora no entiende bien las alegaciones formuladas por el Sr. Tladi en el sentido de oponerse radicalmente al mantenimiento de dicho párrafo por considerar que podría implicar prejuzgar un litigio pendiente. Tal argumento podría ser empleado en el sentido contrario: no incluir tal referencia podría prejuzgar el resultado final del litigio. La preocupación del Sr. Tladi podría abordarse en un comentario.

80. En cuanto al plan de trabajo futuro, la oradora se propone abordar en su sexto informe los aspectos procesales de la inmunidad, en el sentido que antes ha indicado y apoyándose para ello, si se estima conveniente, en consultas informales que se puedan celebrar durante la segunda parte del actual período de sesiones. Una vez terminada dicha tarea, será preciso proceder a la revisión general del texto, conforme a los métodos de trabajo establecidos en la Comisión.

81. Para concluir, la oradora dice que ha intentado reflejar de forma equilibrada todas y cada una de las posiciones existentes en la Comisión, en especial respecto de los temas centrales que se han planteado en el debate. Si no lo ha logrado, expresa la esperanza de que los miembros de la Comisión se lo hagan saber más adelante. Recomienda a la Comisión que remita al Comité de Redacción el proyecto de artículo 7 contenido en el quinto informe, en el bien entendido de que el Comité tomará en consideración todas las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria.

82. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, teniendo en cuenta todas las observaciones formuladas durante el debate.

83. El Sr. MURPHY dice que desea agradecer a la Relatora Especial su resumen de un debate rico y complicado; es consciente del poco tiempo que ha tenido para resumir un debate que ha durado una semana. No obstante, con todo el respeto, no considera que su resumen refleje de manera neutra la diversidad de las opiniones expresadas. En cierta medida, reafirma los argumentos que la Relatora Especial ha expuesto en su quinto informe, sin dar una respuesta sustantiva a las críticas formuladas por

algunos miembros. El orador no desea reabrir el debate, pero dará algunos ejemplos de lo que quiere decir. En primer lugar, el argumento no es que la práctica judicial nacional no es pertinente; sí lo es, pero no respalda la propuesta de texto del proyecto de artículo 7. No existe prácticamente jurisprudencia que sustente los diversos elementos del proyecto de artículo 7 ni causa alguna que permita fundamentar el proyecto de artículo 7 en su totalidad. Del mismo modo, el argumento no es que la legislación nacional no es pertinente; lo que es pertinente es el hecho de que solo el derecho interno de unos pocos Estados sustenta el proyecto de artículo 7. Lo que es más importante, la gran mayoría de los Estados no cuentan con leyes que apoyen el proyecto de artículo 7. El orador cree que la Relatora Especial no ha tenido en cuenta esos argumentos y ha tratado de refutarlos en su resumen. También tiene la impresión de que la mayoría de los miembros no consideran que el proyecto de artículo 7 refleje el derecho internacional consuetudinario. Señala que sería útil que la Comisión reconociera que el debate, en que se expresaron opiniones diversas, no ha permitido que se alcance un consenso en sesión plenaria en el sentido de que el proyecto de artículo 7 refleja el derecho internacional consuetudinario. Si la Comisión pudiera llegar a un acuerdo sobre esa cuestión, sería más fácil para los miembros apoyar la remisión del proyecto de artículo al Comité de Redacción.

84. El Sr. HMOUD señala una cuestión de orden y dice que es la primera vez, desde que es miembro de la Comisión, que otro miembro plantea cuestiones sustantivas después de que un Relator Especial haya cerrado el debate, y que ello solo servirá para prolongar el proceso decisorio. El Presidente ha propuesto remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción y se debe tomar una decisión a este respecto, de conformidad con los artículos pertinentes del reglamento de la Asamblea General.

85. El PRESIDENTE dice que, de conformidad con el reglamento de la Asamblea General, si los miembros desean tomar la palabra para debatir una propuesta, tienen derecho a hacerlo. Por otra parte, no deben debatir ni comentar el resumen del debate realizado por el Relator Especial.

86. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial), en referencia a una cuestión de orden, apoya las observaciones del Sr. Hmoud. No ha querido interrumpir al Sr. Murphy porque todos los miembros tienen derecho a exponer sus opiniones. No obstante, de conformidad con el procedimiento establecido de la Comisión, es el Relator Especial quien debe tener la última palabra sobre el fondo de un tema. Que ella recuerde, es la primera vez que un miembro ha reabierto el debate para oponerse a los argumentos del Relator Especial. Naturalmente, el Sr. Murphy tiene derecho a cuestionar las condiciones para la remisión de una propuesta al Comité de Redacción, pero en ningún caso tendría que haber aprovechado esa oportunidad para refutar los argumentos de la Relatora Especial cuando ya se ha presentado una propuesta a la Comisión. Todos los miembros han tenido la oportunidad de expresar sus opiniones durante el debate y es responsabilidad de la Relatora Especial resumir el debate y presentar una propuesta en la que los miembros deben basar su decisión.

87. El Sr. SABOIA, con respecto a la cuestión de orden, dice que está de acuerdo con el Sr. Hmoud. Además, desea señalar que, según el procedimiento, si la Comisión adopta una decisión, tendrá que ser sobre la primera propuesta del Presidente de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, y no sobre la propuesta del Sr. Murphy.

88. El PRESIDENTE dice que no existe una segunda propuesta; la única propuesta que se examina es la que planteó inicialmente sobre la remisión del proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

89. El Sr. RAJPUT dice que no desea reabrir un debate sustantivo porque la Relatora Especial ya ha expresado sus opiniones, pese a que algunos miembros no las compartan. No obstante, desea pedir aclaraciones sobre el resumen de la Relatora Especial antes de que se adopte una decisión sobre la remisión del proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción. La Relatora Especial ha dejado muy clara su posición de que el proyecto de artículo 7 no constituye un «derecho nuevo». No obstante, parece que, en un momento dado, ha hablado de una «costumbre» y una «tendencia», y luego ha dicho que le gustaría replantear la posición que adoptó en el informe. Si se espera que la Comisión respalde la propuesta de la Relatora Especial de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, debe saber si el proyecto de artículo 7 refleja el derecho internacional consuetudinario o una tendencia emergente.

90. El Sr. HMOUD interviene sobre una cuestión de orden y dice que, si los miembros insisten en reabrir el debate, pueden hacerlo planteando una cuestión de procedimiento. En caso contrario, la Comisión debe pronunciarse sobre la propuesta del Presidente.

91. El Sr. SABOIA, con respecto a la cuestión de orden, dice que está de acuerdo con el Sr. Hmoud.

92. El Sr. TLADI dice que está de acuerdo con los miembros que han hablado sobre los aspectos de procedimiento del debate. El Sr. Murphy ha planteado una cuestión de fondo y una cuestión de procedimiento. La cuestión de procedimiento, o, más bien, propuesta de procedimiento, es que la Comisión decida en sesión plenaria que no se pronuncia sobre si el proyecto de artículo 7 refleja el derecho internacional consuetudinario. No obstante, como se ha señalado, los miembros han tenido la oportunidad de expresar sus opiniones, y quien desee saber cuáles son esas opiniones debe consultar las actas resumidas pertinentes y decidir si existe acuerdo en el seno de la Comisión a ese respecto.

93. El Sr. SABOIA, planteando una cuestión de orden, propone que, de conformidad con el reglamento de la Asamblea General, el Presidente cierre el debate y la Comisión tome inmediatamente una decisión sobre la cuestión que se examina. De aprobarse su moción, tendrá prioridad sobre la lista de oradores y cualquier otra cuestión.

94. El PRESIDENTE, observando que el Sr. Saboia insiste en que la Comisión debe adoptar una decisión antes de que los demás miembros inscritos en la lista de oradores puedan hacer uso de la palabra, dice que debería

celebrarse una votación a mano alzada sobre su propuesta inicial, a saber, si el proyecto de artículo 7 debe remitirse al Comité de Redacción.

95. Sir Michael WOOD señala una cuestión de orden y dice que, a su entender, el Sr. Saboia ha propuesto que se cierre el debate. Entonces la Comisión podrá adoptar una decisión sobre la propuesta del Presidente de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

96. El PRESIDENTE invita a los miembros a que indiquen, levantando la mano, si están a favor de la propuesta del Sr. Saboia de cerrar del debate.

97. El Sr. HMOUD, planteando una cuestión de orden, dice que no está seguro de que la propuesta del Sr. Saboia tenga por objeto cerrar el debate sobre el tema que se está discutiendo, de conformidad con el artículo 119 *d* del reglamento de la Asamblea General, y pide aclaraciones al respecto.

98. El Sr. SABOIA dice que propone cerrar el debate sobre la propuesta de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción.

99. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proceder a una votación sobre esa propuesta.

*Se procede a una votación a mano alzada.*

100. El PRESIDENTE dice que 20 miembros han votado a favor de la propuesta, 3 en contra y 1 se ha abstenido.

101. Sir Michael WOOD toma la palabra para explicar su posición antes de que se decida sobre la remisión y dice que, como ha señalado anteriormente en sesión plenaria, no es partidario de remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción pero que, si la Comisión decide remitir el proyecto de artículo, no obstaculizará el consenso. En su opinión, ello no puede interpretarse como una toma de posición sobre la cuestión de si el proyecto de artículo 7 representa el derecho existente. En ese entendido, no romperá el consenso sobre la remisión del proyecto de artículo al Comité de Redacción.

102. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que su voto se basa en consideraciones procedimentales. La cuestión es tan importante que la Comisión debería haberse tomado más tiempo y hecho todo lo posible por lograr un consenso. En su opinión, diez minutos de debate no son suficientes. Esa es la razón de que no esté a favor de la propuesta de cerrar el debate. Su voto no se refiere al fondo de la propuesta inicial.

103. El Sr. RAJPUT dice que ha votado en contra de cerrar el debate por las mismas razones.

104. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción, teniendo en cuenta todas las observaciones formuladas durante el debate sobre el tema.

*Así queda acordado.*

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

[Tema 1 del programa]

105. El Sr. RAJPUT (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está integrado por la Sra. Escobar Hernández (Relatora Especial), el Sr. Argüello Gómez, el Sr. Cissé, la Sra. Galvão Teles, el Sr. Hmoud, el Sr. Jalloh, la Sra. Lehto, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, la Sra. Oral, el Sr. Ouzzani Chahdi, el Sr. Park, el Sr. Reinisch, el Sr. Ruda Santolaria, el Sr. Saboia, el Sr. Šturma, el Sr. Tladi, el Sr. Vázquez-Bermúdez y Sir Michael Wood, junto con el Sr. Aurescu (Relator), *ex officio*.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

### 3366ª SESIÓN

*Jueves 1 de junio 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. Grossman Guiloff, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

### Crímenes de lesa humanidad (*continuación*\*\*) (A/CN.4/703, cap. II, secc. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 y Add.1)

[Tema 6 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. RAJPUT (Presidente del Comité de Redacción) presenta el informe del Comité de Redacción sobre el tema de los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/L.892) y dice que el Comité dedicó 10 sesiones al examen de un proyecto de preámbulo, proyectos de artículos y un proyecto de anexo sobre el tema. El Comité examinó los 7 proyectos de artículo y el proyecto de preámbulo propuestos inicialmente por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/704), junto con una serie de modificaciones propuestas por el Relator Especial en respuesta a las sugerencias formuladas o las preocupaciones expresadas durante los debates en sesión plenaria y en el Comité de Redacción. En el actual período de sesiones, el Comité de Redacción ha aprobado provisionalmente 5 proyectos de artículo, 1 proyecto de preámbulo y 1 proyecto de anexo.

\* Reanudación de los trabajos de la 3363ª sesión.

\*\* Reanudación de los trabajos de la 3354ª sesión.

2. El Comité de Redacción estudió el proyecto de preámbulo tras examinar el fondo de la totalidad del proyecto de artículos y el proyecto de anexo. El proyecto de preámbulo consta de nueve párrafos basados en un texto revisado que presentó el Relator Especial. Los párrafos primero y segundo se inspiran en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El tercer párrafo, que el Relator Especial añadió tras el debate en sesión plenaria, refleja el hecho de que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general, como se reconoce en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*. El cuarto párrafo resume la finalidad principal del proyecto de artículos, a saber, la prevención de los crímenes de lesa humanidad. El quinto párrafo, que también está inspirado en el Estatuto de Roma, vincula la prevención de los crímenes de lesa humanidad a la lucha contra la impunidad. El sexto párrafo, propuesto por el Relator Especial, responde a la sugerencia de que el proyecto de preámbulo se refiera expresamente al Estatuto de Roma, dado que la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el proyecto de artículo 3 reproduce el artículo 7 del Estatuto de Roma. Aunque la redacción del séptimo párrafo se basa en el preámbulo del Estatuto de Roma, el Comité de Redacción evitó la fórmula «los responsables de» crímenes de lesa humanidad, ya que podría entrar en conflicto con el principio de presunción de inocencia. El octavo párrafo se refiere a las medidas nacionales y la cooperación internacional como dos medios adicionales para asegurar el enjuiciamiento efectivo de los crímenes de lesa humanidad. El noveno párrafo es un recordatorio de que los derechos de las víctimas, los testigos y los presuntos infractores, entre otros, han de ser respetados de principio a fin en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos.

3. El Comité de Redacción modificó el orden de varios proyectos de artículo, lo que afectó a su numeración. El único cambio realizado en los proyectos de artículo 1 a 4 fue la supresión de «o control» del proyecto de artículo 4, párrafo 1 *a*, en aras de la coherencia con la formulación empleada para las referencias al territorio en todos los demás proyectos de artículo. No obstante, no se trata de una modificación sustancial.

4. El Comité de Redacción consideró conveniente que el que antes era el proyecto de artículo 12 (No devolución) figurase como proyecto de artículo 5, justo a continuación del proyecto de artículo 4 (Obligación de prevención), ya que la no devolución de personas puede evitar efectivamente que estas se vean expuestas a crímenes de lesa humanidad. El principio que se enuncia en este proyecto de artículo está consagrado en numerosos tratados que abordan específicamente otras formas de daño. En el comentario se explicará que el párrafo se entiende sin perjuicio de otras obligaciones de no devolución dimanantes de tratados o del derecho internacional consuetudinario. La finalidad del párrafo 2 es indicar que, entre los «motivos fundados» a que se hace referencia en el párrafo 1, se encuentra la situación general de los derechos humanos en el territorio en cuestión.

5. Dado que el proyecto de artículo sobre la no devolución pasó a ser el proyecto de artículo 5, la numeración de