Capítulo VII

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

68. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[724]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)[725].

69. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63er período de sesiones (2011)[726]. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º y 62º (2009 y 2010, respectivamente)[727].

70. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión[728]. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014), el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015) y el quinto informe, en un debate parcial, en el 68º período de sesiones (2016)[729]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero y cuarto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento seis proyectos de artículo con los comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción[730].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

71. La Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial, en el que se analiza la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), que había comenzado a debatir en su 68º período de sesiones. En particular, el informe se ocupaba del tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentaba un estudio de la práctica pertinente, abordaba algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, y examinaba los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica. La conclusión a la que la Relatora Especial llegaba en el informe era que no había sido posible determinar, basándose en la práctica, la existencia de una norma consuetudinaria que permitiese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia a favor de una norma de esa índole. Por otra parte, llegaba a la conclusión de que los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplicaban a los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Como consecuencia de ese estudio, el informe incluía una propuesta de proyecto de artículo 7 relativo a los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica[731].

---

[724] En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y págs. 209 a 218).

[725] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. 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).

[726] *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).

[727] Véanse *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

[728] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 266.

[729] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe); *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686 (cuarto informe); y *Anuario… 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/701 (quinto informe).

[730] En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 *e* y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (véase *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 131 y 132). En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2 *f* y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (véase *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), párrs. 194, 195, 249 y 250; véase también *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 176).

[731] El texto del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en su quinto informe dice lo siguiente:

72. En su 68º período de sesiones, habida cuenta de que el informe no había estado disponible en todos los idiomas, la Comisión subrayó que se continuaría el debate mantenido al respecto para concluirlo en el actual período de sesiones. En consecuencia, la Comisión continuó su debate sobre el quinto informe en sus sesiones 3360ª a 3365ª, celebradas los días 18, 19, 23, 24, 26 y 30 de mayo de 2017, respectivamente.

73. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3365ª sesión, celebrada el 30 de mayo de 2017, decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 7 contenido en el quinto informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido en la Comisión.

74. En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 (véase la sección C.1 *infra*) en votación registrada, por 21 votos contra 8 y 1 abstención. Los miembros presentes votaron lo siguiente:

Sr. Carlos J. Argüello Gómez	Sí
Sr. Yacouba Cissé	Sí
Sra. Concepción Escobar Hernández	Sí
Sra. Patrícia Galvão Teles	Sí
Sr. Juan Manuel Gómez Robledo	Sí
Sr. Hussein A. Hassouna	Sí
Sr. Mahmoud D. Hmoud	Sí
Sr. Huikang Huang	No
Sr. Charles Chernor Jalloh	Sí
Sr. Roman A. Kolodkin	No
Sr. Ahmed Laraba	No
Sra. Marja Lehto	Sí
Sr. Shinya Murase	Sí
Sr. Sean D. Murphy	No
Sr. Hong Thao Nguyen	Sí
Sr. Georg Nolte	No
Sra. Nilüfer Oral	Sí
Sr. Hassan Ouazzani Chahdi	Sí
Sr. Ki Gab Park	Sí
Sr. Chris Maina Peter	Sí
Sr. Ernest Petrič	No
Sr. Aniruddha Rajput	No
Sr. August Reinisch	Sí
Sr. Juan José Ruda Santolaria	Sí
Sr. Gilberto Vergne Saboia	Sí
Sr. Pavel Šturma	Abstención
Sr. Dire D. Tladi	Sí
Sr. Eduardo Valencia-Ospina	Sí
Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Sí
Sir Michael Wood	No

75. Antes de la votación, explicaron su voto el Sr. Roman A. Kolodkin, el Sr. Sean D. Murphy, Sir Michael Wood, el Sr. Huikang Huang, el Sr. Aniruddha Rajput, el Sr. Ernest Petrič, el Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, el Sr. Juan José Ruda Santolaria y el Sr. Georg Nolte. Después de la votación, explicaron su voto el Sr. Dire D. Tladi, el Sr. Pavel Šturma, el Sr. Mahmoud D. Hmoud, el Sr. Charles Chernor Jalloh, el Sr. Shinya Murase, el Sr. Yacouba Cissé, el Sr. Hussein A. Hassouna, el Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, el Sr. Ki Gab Park, la Sra. Concepción Escobar Hernández y el Sr. Hong Thao Nguyen. Esas explicaciones de voto quedaron reflejadas en el acta resumida de la 3378ª sesión.

76. En sus sesiones 3387ª a 3389ª, celebradas los días 3 y 4 de agosto de 2017, la Comisión aprobó el comentario al proyecto de artículo aprobado provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

77. El 18 de julio de 2017 se celebraron consultas oficiosas sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dirigidas por la Relatora Especial sobre el tema. Se trataba de consultas oficiosas abiertas cuyo propósito era intercambiar opiniones y compartir ideas sobre los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cuestión que la Relatora Especial examinará en el sexto informe que ha de presentar en 2018. Las consultas se basaron en un documento conceptual oficioso preparado por la Relatora Especial sobre las disposiciones y garantías procesales. En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Relatora Especial informó a la Comisión de cómo se habían desarrollado las consultas oficiosas.

1. Presentación del quinto informe por la Relatora Especial

78. La Relatora Especial recordó que el quinto informe, relativo a los límites y excepciones a la inmunidad de

«*Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica*

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

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

b) los crímenes de corrupción;

c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. 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.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;

b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.»

jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, abordaba un tema que había sido objeto de debate de forma recurrente a lo largo de los años en la Comisión y la Sexta Comisión, suscitando opiniones diversas y, a menudo, opuestas. Había un deseo general de proceder con cautela y prudencia, habida cuenta del carácter delicado del tema y de su importancia para los Estados. El informe se presentó en el 68º período de sesiones de la Comisión[732] y se debatió parcialmente[733]. La Relatora Especial señaló que, debido a los cambios en la composición de la Comisión, y a la luz de los comentarios y observaciones formulados sobre el informe en el 68º período de sesiones de la Comisión y en la Sexta Comisión en el marco del septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, consideraba apropiado hacer nuevas observaciones introductorias sobre el informe en el actual período de sesiones. Así pues, la Relatora Especial hizo una breve reseña de los debates sobre el quinto informe celebrados anteriormente en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión.

79. En relación con el quinto informe, la Relatora Especial señaló que, para su elaboración, había seguido una metodología similar a la empleada en los informes anteriores, a saber, un examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la labor previa de la Comisión, y un análisis de la legislación nacional. En el informe también había tenido en cuenta la información recibida de los Gobiernos en respuesta a las preguntas planteadas por la Comisión, así como las declaraciones orales de los Estados en la Sexta Comisión. La Relatora Especial subrayó que el quinto informe, como los anteriores, había de leerse e interpretarse juntamente con los informes previos sobre el tema.

80. Basándose en la presentación del informe llevada a cabo en el período de sesiones anterior, que consideraba parte integrante de los informes anteriores examinados por la Comisión, la Relatora Especial destacó una serie de ideas fundamentales del informe. En primer lugar, dijo que el empleo de la expresión «límites y excepciones» se hacía eco de los distintos argumentos que se habían utilizado en la práctica para la no aplicación de la inmunidad. Insistió en que la distinción entre límites y excepciones, pese a su valor teórico y normativo para la interpretación sistémica del régimen de la inmunidad, no tenía trascendencia práctica, puesto que ambos términos tenían la misma consecuencia, esto es, la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en un caso concreto.

81. En segundo lugar, el informe abordaba los límites y excepciones en el marco específico de la inmunidad y en el contexto del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto. En ese sentido, la Relatora Especial destacó: *a*) la interrelación entre la inmunidad y la jurisdicción, aunque se tratase de conceptos diferentes; *b*) el carácter procesal de la inmunidad; *c*) la distinción entre la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad de los Estados; y *d*) la distinción entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y la inmunidad ante las cortes y tribunales penales internacionales. El informe también examinaba la inmunidad desde el punto de vista del derecho internacional como un sistema normativo en el que la inmunidad tenía por objeto garantizar el respeto de la igualdad soberana de los Estados, pero había de equilibrarse con otros valores importantes del ordenamiento jurídico internacional.

82. En tercer lugar, el informe se centraba en la práctica de los Estados, que constituía la piedra angular de la labor de la Comisión. Se examinaba en qué medida la práctica ponía de manifiesto la existencia de normas consuetudinarias que podían codificarse, siguiendo la metodología básica de la labor de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. También se analizaba si existía una tendencia al desarrollo progresivo de normas relativas a la inmunidad. Además de la jurisprudencia y los tratados internacionales, en el informe se estudiaban la legislación nacional y las decisiones de los tribunales nacionales. También se analizaban las cuestiones desde una perspectiva sistémica, examinando el régimen de la inmunidad en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, entendido en su conjunto.

83. Sobre esas bases, el informe llegaba a la conclusión de que no había sido posible establecer la existencia de una norma consuetudinaria que previese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni determinar una tendencia hacia una norma de tal índole. Por otra parte, se concluía que existían límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Si bien la práctica era diversa, ponía de manifiesto una clara tendencia a considerar la comisión de crímenes de derecho internacional como una barrera a la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ya que esos crímenes no eran actos realizados a título oficial, eran graves o menoscababan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

84. Por último, la Relatora Especial señaló que la Comisión debía abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y en particular la cuestión de los límites y excepciones, desde una perspectiva tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional. El desafío que tenía ante sí la Comisión era decidir si apoyaba la tendencia observada en el ámbito de la inmunidad o frenaba ese desarrollo.

85. La Relatora Especial también formuló observaciones concretas sobre el proyecto de artículo 7 propuesto. Los tres párrafos del proyecto de artículo aspiraban a abordar, de manera integral, todos los elementos que definían el régimen de los límites y excepciones a la inmunidad.

86. El párrafo 1 establecía los crímenes en relación con los cuales no se aplicaría la inmunidad. Siguiendo el modelo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, la expresión «no se aplica» se utilizaba para referirse tanto a los límites como a las excepciones. El párrafo señalaba los supuestos en que la inmunidad no se aplicaba por referencia a los crímenes respecto de los que se

[732] *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), párrs. 196 a 208.

[733] Ibíd., párrs. 209 a 246.

pretendía ejercer la jurisdicción, a saber: *a*) los crímenes de derecho internacional; *b*) los crímenes de corrupción; y *c*) la denominada «excepción territorial».

87. El párrafo 2 definía el alcance de los límites y excepciones. Disponía que los límites y excepciones del párrafo 1 no se aplicaban a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*, es decir, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. No obstante, subrayaba que el goce de la inmunidad *ratione personae* era de carácter temporal, por lo que los límites y excepciones a la inmunidad volverían a ser aplicables a la troika a partir del momento en que dejaran de ocupar sus cargos.

88. El párrafo 3 contenía una cláusula «sin perjuicio» respecto de las situaciones reguladas por regímenes especiales. El primer apartado se refería a los casos en que la inmunidad de los funcionarios no era aplicable debido a la existencia de relaciones convencionales entre los Estados interesados. El segundo apartado se ocupaba de los casos en que la inmunidad podía verse afectada por una obligación general de cooperar con un tribunal penal internacional. Ambas situaciones reflejaban ejemplos de la práctica.

89. Con respecto a la futura labor de la Comisión sobre el tema, la Relatora Especial indicó su intención de celebrar consultas oficiosas sobre diversas cuestiones procesales relacionadas con la materia durante el presente período de sesiones de la Comisión. Confiaba en que esas consultas sirvieran también para orientar el contenido de su sexto informe, que se presentaría en el 70º período de sesiones de la Comisión.

2. Resumen del debate

90. El debate celebrado en el actual período de sesiones era una continuación del examen del quinto informe iniciado en el 68º período de sesiones de la Comisión. El resumen que se presenta a continuación ha de leerse juntamente con el resumen del tema que figura en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho período de sesiones.

a) *Comentarios generales*

91. Los miembros felicitaron a la Relatora Especial por su quinto informe, profuso y bien documentado, que ofrecía un análisis meditado de la práctica de los Estados reflejada tanto en los tratados y la legislación nacional como en la jurisprudencia internacional y nacional. Los miembros también tuvieron palabras de agradecimiento para la labor llevada a cabo por el anterior Relator Especial, así como el estudio realizado por la Secretaría. Los miembros reconocieron la complejidad y el carácter controvertido del tema, en particular de la cuestión de los límites y excepciones. Las observaciones formuladas se centraron en general en las cuestiones metodológicas y conceptuales planteadas en el quinto informe, incluidos la metodología y el tratamiento de la práctica de los Estados, el mandato de la Comisión respecto del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, el régimen de la inmunidad en el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto, así como la interrelación entre la cuestión de los límites y excepciones y los aspectos procesales.

Metodología y tratamiento de la práctica de los Estados

92. Varios miembros elogiaron el análisis detallado y amplio de la práctica de los Estados que se hacía en el quinto informe. Algunos miembros expresaron su apoyo a la metodología empleada por la Relatora Especial y señalaron que el informe ofrecía una base sólida para el proyecto de artículo propuesto.

93. Otros miembros dijeron que, aunque el estudio de la práctica era amplio, seguía sin quedar clara su relación con los límites y excepciones establecidos en el proyecto de artículo 7. Algunos miembros también pusieron en tela de juicio si el informe, pese a no encontrar práctica coherente contra la no aplicabilidad de la inmunidad, presentaba datos suficientes para respaldar los límites y excepciones a la inmunidad que proponía. Se señaló que muchos de los ejemplos citados en el informe se referían a la inmunidad del Estado o a la inmunidad en los procesos civiles, más que a las actuaciones penales. En opinión de algunos miembros, el informe examinaba de forma selectiva los casos que apoyaban el establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad, haciendo caso omiso de las pruebas que indicaban lo contrario. Se indicó que los ejemplos mencionados en el informe procedían de contextos y momentos diferentes y no ponían de manifiesto una evolución lineal hacia la imposición de restricciones a la inmunidad.

94. Hubo miembros que no estuvieron de acuerdo con el alcance y la pertinencia de la práctica convencional respecto de los límites y excepciones a la inmunidad. Algunos miembros afirmaron que la práctica convencional no reflejaba ninguna tendencia a la restricción de la inmunidad de los funcionarios del Estado. En opinión de dichos miembros, había pocos tratados que previeran límites y excepciones, y no podía considerarse que ninguna práctica relacionada con esos tratados confirmara la existencia de una norma consuetudinaria. Se indicó que muchos tratados, incluidos los relativos a las relaciones diplomáticas y consulares, así como los que se ocupaban de crímenes de derecho internacional, no establecían límites o excepciones. Además, algunos miembros señalaron que en los tratados que establecían la responsabilidad individual respecto de los crímenes de derecho internacional, aun en los supuestos en que no se reconocía la inmunidad ante los tribunales internacionales, ello no afectaba a la inmunidad de los funcionarios extranjeros ante los tribunales nacionales.

95. Otros miembros afirmaron que la práctica de los tratados había tomado un giro deliberado hacia la imposición de límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Algunos miembros enmarcaron esa evolución en el contexto de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad penal individual, señalando que en los instrumentos pertinentes, como los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg[734], así como en los trabajos relativos al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sobre el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, no se reconocía la inmunidad por crímenes de derecho internacional. Esos miembros sostuvieron que

[734] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.

el presente proyecto de artículos debía seguir el ejemplo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), que establecía, en su artículo 27, la improcedencia del cargo oficial. También se hizo referencia al Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (Protocolo de Malabo) aprobado por la Unión Africana. Además, algunos miembros señalaron que la proliferación de tratados con una disposición de «extraditar o juzgar» influía en el alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Señalaron que la obligación de enjuiciar los crímenes de derecho internacional conllevaba una limitación del alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado.

96. Con respecto a la legislación nacional, algunos miembros dijeron que había pocos ejemplos de leyes nacionales que reconocieran límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros, incluso en los casos de crímenes de derecho internacional. Algunos miembros señalaron que la legislación nacional por la que se aplicaba el Estatuto de Roma en general se ocupaba únicamente de cuestiones institucionales o cuestiones relativas a la extradición, y no de la inmunidad. Se destacó que los pocos países cuya legislación contenía cláusulas de excepción más amplias habían revisado recientemente sus leyes sobre inmunidad de los funcionarios del Estado para restringir el alcance de los límites y excepciones.

97. Otros miembros sostuvieron que la legislación nacional reflejaba la tendencia señalada por la Relatora Especial. Se dijo que, si bien la legislación nacional solía centrarse en la inmunidad del Estado, al menos ponía de manifiesto una tendencia hacia la limitación de la inmunidad. Algunos miembros señalaron que la aplicación nacional del Estatuto de Roma incidía de forma directa en el régimen de la inmunidad en los tribunales nacionales.

98. Varios miembros criticaron el reducido número de casos nacionales examinados en el quinto informe. Se señaló que muchos de los casos habían sido desestimados o no se referían a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sino a la inmunidad del Estado o a la inmunidad en los procedimientos civiles. Algunos miembros afirmaron que el informe debía haber examinado los motivos por los que la inmunidad se había denegado o concedido en casos concretos, debía haber analizado los casos en que los fiscales habían decidido no enjuiciar a un funcionario en razón de su inmunidad y debía haber estudiado los casos en que los Estados habían invocado, sin éxito, la inmunidad.

99. Algunos miembros señalaron que el hecho de que la muestra de casos nacionales analizados en el informe fuera pequeña no afectaba al análisis del fondo. Se alentó a la Relatora Especial a que examinara más detenidamente la práctica regional, incluidas, entre otras, la jurisprudencia de Asia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

100. Varios miembros subrayaron que la tendencia de la jurisprudencia internacional era contraria a las conclusiones extraídas en el quinto informe. Se hizo hincapié en que los tribunales internacionales y regionales habían confirmado en repetidas ocasiones la existencia de inmunidad, incluso en casos de crímenes de derecho internacional o de violaciones de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*). La jurisprudencia internacional había destacado que la inmunidad, que era de carácter procesal, no se veía afectada por la gravedad del acto. Varios miembros pusieron de relieve también la diferencia entre los tribunales internacionales y los nacionales. Señalaron que la carencia de inmunidad ante los tribunales penales internacionales no conllevaba la no aplicación de la inmunidad ante los tribunales nacionales. Se indicó que los tribunales internacionales solo habían reconocido la denegación de inmunidad por tribunales nacionales en casos relacionados con la cooperación con dichos tribunales.

101. Otros miembros afirmaron que el análisis de la jurisprudencia internacional hecho por la Relatora Especial sustentaba su planteamiento con respecto a los límites y excepciones a la inmunidad. Varios miembros señalaron que muchas de las decisiones internacionales en que se defendía la existencia de inmunidad no se referían a la responsabilidad penal individual, sino a la inmunidad en procesos civiles, a la inmunidad del Estado, a los funcionarios beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* o a cuestiones de responsabilidad del Estado. Algunos miembros también dijeron que los tribunales y cortes internacionales habían condicionado la aplicación de la inmunidad a la disponibilidad de alternativas de reparación; si no se disponía de medios de reparación, la inmunidad no podía concederse. Se hizo referencia a opiniones disidentes y disconformes que subrayaban que los requisitos de la soberanía no debían prevalecer sobre la necesidad de rendir cuentas, sino que había de encontrarse un equilibrio adecuado.

Desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación

102. En opinión de algunos miembros, el informe podía haber indicado con más claridad si se proponía determinar el alcance del derecho internacional existente (*lex lata*), si seguía una tendencia emergente al establecimiento de normas deseables (*lex ferenda*) o si aspiraba a crear «derecho nuevo». Se observó que el doble mandato de la Comisión de codificación y desarrollo progresivo requería seguir de cerca la práctica establecida o reconocer abiertamente el carácter progresivo de su labor, respectivamente. Varios miembros instaron a la Comisión a que se centrara en el derecho existente y no en una labor de desarrollo progresivo. Se señaló que la Comisión no estaba redactando un nuevo tratado, cuyas disposiciones estarían sujetas, en última instancia, a la aprobación de los Estados, sino que se pretendía elaborar un conjunto de directrices sobre la práctica actual dirigidas a no especialistas en el tema que interviniesen en procesamientos a nivel nacional.

103. A ese respecto, varios miembros criticaron el quinto informe por la forma en que se afirmaba la existencia de derecho internacional consuetudinario con respecto a los límites y excepciones, sin contar con una base sólida para ello en la práctica. En opinión de varios miembros, el informe no ponía suficientemente de relieve los importantes desacuerdos que había habido en la Comisión y la Sexta Comisión sobre los aspectos sustantivos y procesales de esa cuestión. Se indicó que, habida cuenta de esas diferencias, la Comisión debía proceder con cautela.

104. Otros miembros señalaron que la labor de la Comisión sobre la cuestión de los límites y excepciones debía reflejar tanto la codificación como el desarrollo progresivo. Se dijo que el quinto informe mostraba con precisión la situación actual del derecho internacional con respecto a la inmunidad de los funcionarios extranjeros. Esos miembros señalaron que la persistente incertidumbre sobre el alcance de la inmunidad debía alentar a la Comisión a proporcionar directrices al respecto, independientemente de las opiniones de los Estados. Se instó a la Comisión a que no olvidara su compromiso con el desarrollo progresivo del derecho internacional, como había quedado patente en diversos instrumentos anteriores. Para algunos de esos miembros, la posibilidad de elaborar proyectos de artículo que formaran la base de un tratado sobre el tema no podía descartarse en esa fase.

105. Algunos miembros pusieron en duda que la práctica de los Estados reflejara la presunta tendencia al establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Esos miembros sostuvieron que no existía tal tendencia o que, de haber alguna, la tendencia apuntaba en dirección opuesta. Se recordó que varios Estados habían restringido recientemente el alcance de los límites y excepciones a la inmunidad en su legislación nacional y que, en general, los tribunales internacionales y regionales habían confirmado la existencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en casos recientes.

106. Otros miembros afirmaron que, aunque no todos los elementos del informe tenían una base sólida sustentada en el derecho internacional consuetudinario, existía en efecto una tendencia al establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Varios miembros afirmaron que la evolución observada en la esfera de la inmunidad del Estado, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos apoyaba esa tendencia. Además, se afirmó que las cortes y tribunales se negaban cada vez más a aplicar la inmunidad, ya fuera porque los presuntos actos vulneraban normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) o porque consideraban que tales actos no podían ser realizados a título oficial. Asimismo, algunos Estados habían expresado su apoyo a la restricción del alcance de la inmunidad de los funcionarios extranjeros. Varios miembros sostuvieron que la Comisión debía respaldar esa tendencia, a fin de luchar contra la impunidad y eliminar los obstáculos al enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional.

El derecho internacional como ordenamiento

107. Algunos miembros pusieron de relieve que el proyecto de artículos debía lograr un equilibrio entre, por una parte, la igualdad soberana de los Estados y la necesidad de estabilidad en las relaciones internacionales y, por otra, el interés de la comunidad internacional en su conjunto en prevenir y sancionar los crímenes más graves de derecho internacional.

108. Otros miembros expresaron su preocupación por el hecho de que los límites y excepciones a la inmunidad propuestos por la Relatora Especial pudieran propiciar un uso indebido de estos, por ejemplo, permitiendo el enjuiciamiento por motivos políticos de funcionarios del Estado en jurisdicciones extranjeras. Ello podía socavar la estabilidad de las relaciones internacionales e iba en contra de la lucha contra la impunidad y la promoción de los derechos humanos. Se hizo hincapié en que, como principio fundamental de derecho internacional, los tribunales de un Estado no debían juzgar los actos de otro Estado.

109. Varios miembros señalaron que el sistema de la inmunidad no podía ni debía interponerse en la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Se subrayó que la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad no eran cuestiones menos importantes que la soberanía de los Estados, y que debían conciliarse entre sí. En opinión de esos miembros, los autores de crímenes de derecho internacional no tendrían que poder escudarse en la soberanía para eludir el enjuiciamiento, pues sus actos causaban una gran inestabilidad en los países y regiones en que se cometían, lo que afectaba, en última instancia, a la comunidad internacional en su conjunto. Se señaló que las normas relativas a la inmunidad no deberían examinarse de forma aislada, sino a la luz de otras normas del ordenamiento jurídico internacional.

Aspectos procesales de la inmunidad

110. Algunos miembros señalaron que la cuestión de los límites y excepciones estaba estrechamente relacionada con la de los aspectos procesales de la inmunidad, incluidas las salvaguardias y garantías procesales. Varios miembros lamentaron que la Relatora Especial no hubiera presentado un sexto informe sobre esa cuestión en el actual período de sesiones. Algunos miembros propusieron que la Comisión aplazara su labor sobre los límites y excepciones hasta que la Relatora Especial hubiera expuesto sus opiniones sobre los aspectos procesales en el sexto informe, a fin de poder examinar conjuntamente ambas cuestiones.

111. Se observó que las garantías procesales podían contribuir a lograr el equilibrio necesario entre el respeto de la igualdad soberana de los Estados y la necesidad de combatir la impunidad. Varios miembros se refirieron a la labor del anterior Relator Especial sobre el tema, que había abordado diversas cuestiones procesales relativas al momento en que se examinaba la inmunidad, su invocación, la carga de la prueba y la renuncia a la inmunidad. Con respecto a la renuncia, algunos miembros propusieron que se creara un procedimiento en virtud del cual la inmunidad hubiera de ser invocada de manera expresa por el Estado del funcionario o que se estableciera una obligación dimanante de un tratado de «renunciar a la inmunidad o juzgar», con arreglo a la cual los Estados tuvieran que elegir entre renunciar a la inmunidad en un tribunal extranjero o enjuiciar ellos mismos la causa.

112. Poniendo de relieve el carácter procesal de la inmunidad, algunos miembros señalaron que, cuando se invocaba con éxito por canales diplomáticos o en los tribunales, la inmunidad suspendía la competencia de los tribunales extranjeros, pero ello no afectaba a la responsabilidad penal de los presuntos infractores. Dado su carácter preliminar, los tribunales debían examinar la cuestión de la inmunidad antes de proceder al examen del fondo.

Se señaló que, por esa razón, la gravedad de un presunto acto no podía incidir en la aplicación de la inmunidad, ni en su carácter soberano u oficial. Esos miembros sostuvieron que ello no provocaba un vacío de responsabilidad, ya que, por ejemplo, cuando un Estado invocaba la inmunidad de un funcionario y reconocía sus actos como propios, ello daba lugar a la responsabilidad del Estado, al que podía enjuiciarse a nivel nacional o internacional.

113. Otros miembros dijeron que, si bien el debate sobre los aspectos procesales era muy importante para el tema en su conjunto, la Comisión debía determinar en primer lugar las características sustantivas de los límites y excepciones a la inmunidad. Se señaló que los aspectos procesales eran pertinentes para el conjunto del proyecto de artículos y solo podían abordarse una vez que se hubieran examinado todos los elementos sustantivos. Varios miembros expresaron el deseo de no anticipar el debate de la Comisión sobre el tema del sexto informe e instaron a la Comisión a que no demorara el examen de los límites y excepciones a la inmunidad.

114. Varios miembros afirmaron que existía una estrecha relación entre la inmunidad y la impunidad de los crímenes de derecho internacional. Se señaló que, si no había un foro o jurisdicción alternativos para enjuiciar los crímenes de derecho internacional, la barrera procesal de la inmunidad en los tribunales nacionales tendría consecuencias sustantivas. Algunos miembros subrayaron que la justicia sustantiva no debía ser víctima de la justicia procesal, en particular en el caso de violaciones de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*). Esos miembros advirtieron de que un enfoque exclusivamente procesal de la inmunidad tendría un efecto negativo en el desarrollo de la responsabilidad individual en el derecho internacional.

115. Se señaló que la Corte Penal Internacional, el foro por excelencia para el enjuiciamiento de los funcionarios del Estado, no tenía ni la capacidad ni los recursos necesarios para enjuiciar a todos los presuntos autores de crímenes de derecho internacional. Habida cuenta de que la Corte actuaba sobre la base de la complementariedad, esos miembros dijeron que los tribunales nacionales debían seguir siendo los principales foros en la lucha contra la impunidad. También se señaló que la responsabilidad del Estado por un acto no eximía a los funcionarios de su responsabilidad individual ni debía interponerse en los enjuiciamientos individuales.

b) *Comentarios específicos sobre el proyecto de artículo 7*

116. Algunos miembros preguntaron por qué el título del proyecto de artículo 7 propuesto se refería a crímenes «respecto de los que la inmunidad no se aplica», cuando el informe se ocupaba de los «límites y excepciones» a la inmunidad. Se dijo que la falta de claridad en relación con el sentido y el alcance de la expresión «límites y excepciones» ponía de manifiesto que el proyecto de artículo 7 no reflejaba el derecho internacional establecido.

117. Varios miembros opinaron que la distinción entre límites y excepciones era útil y debía mantenerse. Ayudaba a distinguir los casos en que la inmunidad no se contemplaba porque la conducta en cuestión no podía considerarse un acto oficial, o realizado a título oficial, de los casos en que la inmunidad se denegaba sobre la base de circunstancias excepcionales.

118. Otros miembros apoyaron la formulación propuesta por la Relatora Especial. Se señaló que la labor sobre el tema llevada a cabo hasta la fecha había partido del supuesto de que la inmunidad se aplicaba, y el proyecto de artículo 7 debía, por tanto, ocuparse de su «no aplicación». Algunos miembros observaron que la distinción podía proporcionar claridad a nivel teórico, pero no tenía base alguna en la práctica de los Estados.

119. Varios miembros reiteraron sus reservas generales con respecto al proyecto de artículo 7 propuesto. Se dijo que una posible forma de avanzar sería reformular el proyecto de artículo sobre la base de una obligación de renunciar a la inmunidad o juzgar los crímenes internacionales más graves, lo que conllevaría el deber del Estado de renunciar a la inmunidad de sus funcionarios ante los tribunales de un Estado extranjero o comprometerse a cumplir la obligación de enjuiciar a sus propios funcionarios.

120. Algunos miembros preguntaron si la lista de crímenes que figuraba en el párrafo 1 era exhaustiva o meramente ilustrativa. Se propuso que se incluyera una referencia general a los crímenes de derecho internacional más graves en lugar de una lista de crímenes. Algunos miembros señalaron que el párrafo debería prever la posibilidad de que surgieran nuevos crímenes a los que no se aplicara la inmunidad. Otros miembros cuestionaron la base en el derecho internacional consuetudinario de los crímenes enumerados por la Relatora Especial, así como los motivos para incluir unos crímenes y otros no, posiblemente del mismo género. También se sugirió que en el proyecto de artículo, o en sus comentarios, se estableciesen definiciones adecuadas de los crímenes enumerados.

121. Con respecto al apartado *a*, varios miembros expresaron su apoyo a la inclusión de los crímenes más graves, a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Algunos miembros señalaron que la tortura y las desapariciones forzadas, ambas incluidas en la lista de la Relatora Especial, formaban parte de los crímenes de lesa humanidad. Se propuso añadir la esclavitud, el *apartheid*, el terrorismo y los delitos contra el patrimonio cultural mundial.

122. Los miembros también debatieron si el crimen de agresión debía incluirse en el proyecto de artículo. Los partidarios de que se agregara señalaron la importancia del crimen de agresión en los Principios de Núremberg y el reconocimiento de su vigencia en el marco del Estatuto de Roma. También se señaló que la legislación por la que se aplicaba que habían promulgado algunos Estados preveía el enjuiciamiento a escala nacional de ese crimen. Otros miembros convinieron con la Relatora Especial en que el crimen de agresión debía excluirse por las razones expuestas en el quinto informe. Se dijo que el enjuiciamiento por otro Estado de un funcionario acusado de un delito de agresión afectaría a la igualdad soberana de los Estados, un problema que no se plantearía en caso de enjuiciamiento ante un tribunal internacional.

123. En relación con el apartado *b*, varios miembros cuestionaron si la práctica de los Estados respaldaba la inclusión de la corrupción como un límite o excepción a la inmunidad. También se señaló que el texto propuesto por la Relatora Especial era impreciso en cuanto a la definición y el alcance de la corrupción. Algunos miembros sostuvieron que un acto de corrupción no podía ser realizado a título oficial, pues siempre buscaba el lucro personal. En ese sentido, se dijo que la inmunidad por crímenes de corrupción ya había quedado excluida en virtud del proyecto de artículo 6. Se señaló que se podía eliminar ese apartado e incluir una referencia a la corrupción en los comentarios.

124. Otros miembros se mostraron a favor de incluir los crímenes de corrupción en el texto del proyecto de artículo, ya que la comunidad internacional había de cooperar para prevenirlos y sancionarlos. Se indicó que los tribunales nacionales habían desestimado en muchas ocasiones la invocación de la inmunidad en casos de corrupción, que muchos Estados aprobaban legislación para prevenir y sancionar esos crímenes, y que la corrupción había sido objeto de varias convenciones internacionales y regionales.

125. Algunos miembros hicieron hincapié en que la corrupción perjudicaba gravemente al funcionamiento de las instituciones públicas y el estado de derecho, y podía repercutir de manera significativa en la situación socioeconómica de la población nacional. Se sugirió que el proyecto de artículo se centrara en la «gran corrupción» o corrupción a gran escala. Se propuso que ese apartado indicase qué sucedería con el producto del delito en los crímenes de corrupción cuando los funcionarios eran enjuiciados en el marco de jurisdicciones extranjeras. Se dijo que esa cuestión dependía de la voluntad política de los Estados interesados, pero en principio los fondos tenían que devolverse al país del que se habían sustraído.

126. Algunos miembros señalaron que la excepción territorial, en la que se inspiraba el apartado *c*, estaba firmemente arraigada en los procedimientos civiles, pero no en la esfera penal. Se dijo que la mayoría de las fuentes autorizadas que citaba la Relatora Especial se referían a asuntos civiles y que el informe no examinaba con detenimiento su aplicabilidad al derecho penal. Varios miembros mencionaron que el concepto seguía siendo controvertido en el derecho internacional y que el informe dejaba algunas cuestiones abiertas, como su aplicación a las actividades militares y otros actos públicos. En ese sentido, se sugirió formular ese apartado de manera más restrictiva. Varios miembros se refirieron a la definición propuesta por el anterior Relator Especial sobre el tema. También se propuso que el alcance del apartado se limitase a determinados actos contrarios a la soberanía de los Estados, como el espionaje, los asesinatos de carácter político y el sabotaje.

127. En general, los miembros estaban de acuerdo con el contenido del párrafo 2 y consideraban que reflejaba la práctica actual. Recomendaron que los comentarios aclarasen que solo la troika de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores podía beneficiarse de la inmunidad *ratione personae*. Se hizo hincapié en que, de conformidad con la jurisprudencia internacional, la inmunidad *ratione personae* se entendía sin perjuicio de la responsabilidad penal de sus beneficiarios. Se sugirió que se indicara que la inmunidad *ratione personae* no se aplicaba en los tribunales internacionales.

128. Algunos miembros opinaron que el párrafo 2 era superfluo y podía suprimirse. Propusieron que se especificara en el párrafo 1 que los límites y excepciones que figuraban en el proyecto de artículo solo se aplicaban a la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros preferían que se mantuviera el párrafo para subrayar la diferencia entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Se formuló una sugerencia en el sentido de armonizar el alcance temporal de la aplicación de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* con los proyectos de artículo 4 y 6. Además, se dijo que la inmunidad *ratione personae* debía limitarse, ya que podía dar lugar a la impunidad en el caso de los mandatarios vitalicios.

129. Varios miembros aceptaron la inclusión de una cláusula «sin perjuicio» en el párrafo 3. Se señaló que, en contra de lo dispuesto en el apartado *a*, la cláusula también debía aplicarse a los tratados en virtud de los cuales la inmunidad era aplicable. Con respecto al apartado *b*, algunos miembros consideraron que la referencia a un «tribunal internacional» era demasiado vaga y propusieron que el proyecto de artículo aclarara si se refería a cortes y tribunales penales internacionales o a cualquier tribunal internacional. Se dijo que el párrafo seguía basándose en presunciones y debía suprimirse, pues podía afectar a actuaciones judiciales en curso.

c) *Labor futura*

130. Muchos miembros dijeron que esperaban con interés el sexto informe, que se ocuparía de los aspectos procesales de la inmunidad. Se señaló que la Relatora Especial debería examinar la relación entre la inmunidad y la prescripción de los crímenes a los que no se aplicaban límites o excepciones. Varios miembros opinaron que la Comisión debía volver a examinar algunos textos aprobados provisionalmente, como la definición de «inmunidad de jurisdicción», para determinar si incluía cuestiones de inviolabilidad.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

131. En su resumen del debate, la Relatora Especial expresó satisfacción por el debate amplio e interesante que había suscitado el quinto informe. En respuesta a algunas de las críticas sobre la estructura y el contenido del informe, insistió en que todas las secciones del informe eran igualmente pertinentes para sus conclusiones. También señaló que lo que importaba era el fondo de los argumentos expuestos, no si había seguido los planteamientos del anterior Relator Especial.

132. Con respecto al análisis de la práctica presentado en el quinto informe, la Relatora Especial recordó las diferentes opiniones expresadas. Hizo hincapié en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales no excluía de forma inequívoca la aplicación de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, ya que esas decisiones se ocupaban principalmente de la inmunidad del

Estado o la inmunidad *ratione personae*. También destacó la importancia de la jurisprudencia nacional, que, aunque pudiera ser reducida y no suficientemente homogénea, era un aspecto esencial del proyecto. Dio las gracias a los miembros por las sugerencias relativas a la inclusión de jurisprudencia internacional, regional y nacional.

133. La Relatora Especial señaló que el análisis del informe sobre la legislación nacional permitía diferenciar la inmunidad de los funcionarios del Estado de la inmunidad del Estado, ponía de manifiesto la naturaleza relativa de la inmunidad del Estado e ilustraba el uso de la «excepción territorial». También indicó que la legislación nacional por la que se aplicaba el Estatuto de Roma podía arrojar luz sobre la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado, en particular cuando iba más allá de los requisitos del Estatuto de Roma. Asimismo, se refirió a otras formas de práctica de los Estados, como las decisiones de los fiscales o las gestiones diplomáticas, que no solían ser públicas y, por consiguiente, no podían ser consideradas como práctica relevante.

134. La Relatora Especial reconoció que no había acuerdo entre los miembros en cuanto a la posible existencia de una norma consuetudinaria que estableciese límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado o una tendencia emergente en tal sentido. Sostuvo que la Comisión debería centrarse en determinar las normas pertinentes de *lex lata* y *lex ferenda* en relación con la inmunidad. No compartía la opinión de que la Comisión estuviera creando «derecho nuevo» en la materia, como habían señalado algunos miembros. A ese respecto, la Relatora Especial observó que el proyecto de artículos, al igual que otros proyectos de la Comisión, contenía elementos de codificación y de desarrollo progresivo, y debía analizarse en ese sentido.

135. La Relatora Especial reiteró su postura de que la distinción entre límites y excepciones establecida en el informe contribuía a aclarar el concepto de inmunidad de los funcionarios del Estado y su papel en el marco del ordenamiento jurídico internacional. En su opinión, ese enfoque no era incompatible con la formulación pragmática del proyecto de artículo 7, centrado en las situaciones en que la inmunidad «no se aplica»; esa formulación evitaba una serie de controversias relativas a la distinción entre límites y excepciones, y estaba basada en la práctica.

136. La Relatora Especial estaba de acuerdo con los miembros en que abordar los aspectos procesales de la inmunidad era de vital importancia para el proyecto. No obstante, señaló que esos aspectos iban más allá de los límites y excepciones; afectaban al proyecto de artículos en su conjunto y debían tratarse después de que la Comisión hubiera examinado la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad. La Relatora Especial dijo que el anterior Relator Especial había adoptado un enfoque similar y reiteró su ofrecimiento de celebrar consultas oficiosas sobre el tema antes de la presentación del sexto informe.

137. En cuanto a los comentarios específicos sobre el proyecto de artículo propuesto en el quinto informe, la Relatora Especial señaló que muchos miembros estaban a favor de mantener el párrafo 1, aunque se habían hecho diversas propuestas para revisar su contenido. Con respecto al apartado *a*, la Relatora Especial se mostró dispuesta a incluir en él el crimen de *apartheid*, pero seguía teniendo reservas en cuanto a la inclusión de otros crímenes transnacionales, pues tenían una base convencional y no consuetudinaria. Asimismo, reiteró sus reticencias con respecto a la inclusión del crimen de agresión, ya que aumentaba el riesgo de politización de todo el proyecto. Por motivos similares, prefería mantener una lista de crímenes concretos en lugar de optar por una referencia general y abierta a los crímenes de derecho internacional. Las definiciones de los crímenes enumerados podían incluirse en los comentarios, posiblemente mediante referencias a tratados existentes.

138. La Relatora Especial observó que la inclusión de la corrupción en el apartado *b* seguía siendo controvertida. Reconoció que la disposición debía aplicarse principalmente a casos de «gran corrupción», una expresión en la que se había de profundizar en los comentarios. Subrayó que, dado que la corrupción siempre se cometía en beneficio propio, no podía considerarse un acto realizado a título oficial al que se aplicase la inmunidad *ratione materiae*. Con respecto a la «excepción territorial» que figuraba en el apartado *c*, la Relatora Especial dijo que su aplicación no se limitaba a la esfera de la jurisdicción civil. Con arreglo a su formulación actual, se ocupaba de delitos graves, como el sabotaje y el espionaje.

139. La Relatora Especial también se refirió al amplio apoyo que había recibido el párrafo 2, que ponía de relieve que los límites y excepciones no se aplicaban en el caso de la inmunidad *ratione personae*, una posición firmemente arraigada en la práctica y la doctrina. En su opinión, la referencia explícita a la inmunidad *ratione personae* establecía un equilibrio entre el principio de igualdad soberana y la necesidad de combatir la impunidad que podía perderse si se eliminaba el párrafo. La Relatora Especial también expresó su preferencia por mantener las cláusulas «sin perjuicio» del párrafo 3, que facilitarían la solución de cualquier conflicto normativo entre el proyecto de artículos y los instrumentos internacionales existentes, en particular los relacionados con las cortes y tribunales penales internacionales.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de artículo

140. El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

***e*) se entiende por «funcionario del Estado» un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales;**

***f*) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.**

SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE**

***Artículo 3. Beneficiarios de la inmunidad* ratione personae**

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

***Artículo 4. Alcance de la inmunidad* ratione personae**

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE**

***Artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad* ratione materiae**

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

***Artículo 6. Alcance de la inmunidad* ratione materiae**

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

Artículo 7. Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad* ratione materiae *no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

***a*) crimen de genocidio;**

***b*) crímenes de lesa humanidad;**

***c*) crímenes de guerra;**

***d*) crimen de *apartheid*;**

***e*) tortura;**

***f*) desapariciones forzadas.**

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

ANEXO

LISTA DE LOS TRATADOS A QUE SE HACE REFERENCIA EN EL PROYECTO DE ARTÍCULO 7, PÁRRAFO 2

Crimen de genocidio

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6;

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

***Crimen de* apartheid**

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULO, CON SU COMENTARIO, APROBADO PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 69º PERÍODO DE SESIONES

141. El texto del proyecto de artículo, con su comentario, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones figura a continuación.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE*[*]

[…]

TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*[*]

[…]

Artículo 7. Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad* ratione materiae *no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

***a*) crimen de genocidio;**

***b*) crímenes de lesa humanidad;**

***c*) crímenes de guerra;**

***d*) crimen de *apartheid*;**

***e*) tortura;**

***f*) desapariciones forzadas.**

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

ANEXO

LISTA DE LOS TRATADOS A QUE SE HACE REFERENCIA EN EL PROYECTO DE ARTÍCULO 7, PÁRRAFO 2

Crimen de genocidio

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6;

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

***Crimen de* apartheid**

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 indica los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica, de conformidad con el presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo contiene dos párrafos dedicados, respectivamente, a enumerar los crímenes (párr. 1) y a identificar la definición de dichos crímenes (párr. 2).

2) El proyecto de artículo 7 se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que se incluye en la tercera parte del proyecto de artículos, y no se aplica respecto de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, que se regula en la segunda parte del proyecto de artículos.

3) Ello no significa, sin embargo, que los funcionarios del Estado enumerados en el proyecto de artículo 3 (los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores) queden excluidos de modo permanente de la aplicación del proyecto de artículo 7. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que, tal y como señaló la Comisión, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores «se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato»[735] y que la extinción de dicha inmunidad «se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*»[736]. Con carácter complementario, el proyecto de artículo 6, referido a la inmunidad *ratione materiae*, establece que «[l]os individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* […], cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato»[737]. En consecuencia, dado que esta inmunidad

[*] La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

[735] Proyecto de artículo 4, párr. 1. Véase el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 4 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones, *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 53.

[736] Proyecto de artículo 4, párr. 3. Véase el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 4, ibíd., pág. 55.

[737] Proyecto de artículo 6, párr. 3. Véanse los párrafos 9 a 15 del comentario al proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones, *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 234 y 235. Véase también el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones, *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 159.

residual es una inmunidad *ratione materiae*, el proyecto de artículo 7 será aplicable a la inmunidad de jurisdicción de que puede beneficiarse un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores por los actos realizados a título oficial durante el período en que se encontraban en ejercicio de sus respectivos mandatos. Por tanto, dicha inmunidad no se aplicará a estos antiguos funcionarios en relación con los crímenes de derecho internacional enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7.

4) El párrafo 1 del proyecto de artículo 7 enuncia los crímenes que, en caso de producirse, impedirían la aplicación de dicha inmunidad de jurisdicción penal a un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando en tal condición durante su mandato. Así pues, el proyecto de artículo 7 complementa los elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* definidos en los proyectos de artículo 5 y 6.

5) En votación registrada, la Comisión decidió incluir este proyecto de artículo teniendo en cuenta las siguientes razones. En primer lugar, consideró que la práctica ponía de manifiesto la existencia de una tendencia a favor de limitar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos comportamientos que constituyen crímenes de derecho internacional. Dicha tendencia se refleja en decisiones judiciales adoptadas por tribunales nacionales que, a pesar de no responder a un mismo modelo en su argumentación, no han reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos crímenes internacionales[738]. Con carácter excepcional la citada tendencia se refleja igualmente en la adopción de legislación nacional que contempla excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en relación con la comisión de crímenes internacionales[739]. La existencia de

[738] Véanse los siguientes asuntos, que se presentan para avalar esa tendencia: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147; *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, ILR, vol. 119, pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones); *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, sentencia de 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 y ss. (aunque el Tribunal Supremo casó la sentencia posteriormente, no lo hizo en relación con la inmunidad sino en virtud de la violación del principio de irretroactividad y del alcance restringido de la jurisdicción universal, véase la sentencia de 18 de septiembre de 2001, ILDC 80 (NL 2001)); *Sharon and Yaron*, Bélgica, Tribunal de Casación, sentencia de 12 de febrero de 2003, ILR, vol. 127, pág. 123 (aunque reconoció la inmunidad *ratione personae* a Ariel Sharon, procesó a Amos Yaron, que cuando se cometieron los hechos era Jefe de las Fuerzas Armadas israelíes que participaron en las matanzas de Sabra y Chatila); *H. v. Public Prosecutor*, Países Bajos, Tribunal Supremo, sentencia de 8 de julio de 2008, ILDC 1071 (NL 2008), párr. 7.2; *Lozano v. Italy*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008, ILDC 1085 (IT 2008), párr. 6; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012, BB.2011.140; *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso Príncipe Nasser), High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin.) (el interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una *order consented*, es decir, sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el Director de Acusación Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados al Príncipe Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*). En el marco de un procedimiento civil, el Tribunal Supremo italiano ha afirmado igualmente que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica ante la jurisdicción penal en los casos en que los funcionarios del Estado hayan cometido crímenes internacionales (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674). En el caso *Jones*, aunque la Cámara de los Lores reconoce la inmunidad ante la jurisdicción civil, reitera que la inmunidad de jurisdicción penal no es aplicable en caso de tortura (*Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC). Por último, debe destacarse que el Tribunal Superior Federal de Etiopía, aunque en el marco de un caso seguido contra un nacional etíope, afirmó la existencia de una norma de derecho internacional que impide aplicar la inmunidad a un antiguo Jefe de Estado cuando se le acusa de crímenes internacionales (*Special Prosecutor v. Hailemariam*, Tribunal Superior Federal, sentencia de 9 de octubre de 1995, ILDC 555 (ET 1995)). En otros asuntos los tribunales nacionales han procesado a funcionarios de un tercer Estado por crímenes internacionales sin pronunciarse sobre la inmunidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Barbie* ante los tribunales franceses: *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, Francia, Tribunal de Casación, sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, ILR, vol. 78, pág. 125; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, Tribunal de Instancia del Ródano, sentencia de 4 de julio de 1987, ILR, vol. 78, pág. 148; y Tribunal de Casación, sentencia de 3 de junio de 1988, ILR, vol. 100, pág. 330. Por su parte, la Audiencia Nacional de España ha procesado por crímenes internacionales a varios funcionarios extranjeros sin considerar necesario pronunciarse sobre la inmunidad: asuntos *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* y *Tíbet*. En el caso *Rwanda*, la Audiencia Nacional acordó, no obstante, excluir del procesamiento al Presidente Kagame en virtud de la inmunidad de que goza. De la misma manera, en el asunto *Tíbet*, la Audiencia Nacional excluyó del procesamiento al entonces Presidente Hu Jintao; sin embargo, tras terminar su mandato como Presidente de China, el Juzgado central de instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional acordó su procesamiento por auto de 9 de octubre de 2013, alegando que había dejado de beneficiarse de la «inmunidad diplomática».

[739] En apoyo de esa posición, se ha señalado la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que establece un régimen autónomo de inmunidad para el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, conforme al cual respecto de «los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales [por dichos funcionarios] quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad» (art. 23, párr. 1, *in fine*). También resulta interesante la Ley núm. 24488 de la Argentina, relativa a la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, de la que se excluyó el artículo 3 por el Decreto núm. 849/95 de Promulgación de la Ley, lo que tiene como resultado que los tribunales de dicho país no podrán abstenerse cuando se presente una demanda contra un Estado por violación de normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, desde una perspectiva mucho más limitada, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos, modificada por la Ley de Protección a las Víctimas de la Tortura, establece una «Excepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado Extranjero» (art. 1605A) que permite excluir la aplicación de la inmunidad respecto de determinados tipos de actos como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales siempre que hayan sido realizados por funcionarios de un Estado al que las autoridades competentes de los Estados Unidos hayan declarado previamente como «Estado patrocinador del terrorismo». Una excepción similar se contiene en la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá. Por último, ha de tenerse en cuenta que ciertas limitaciones o excepciones a la inmunidad en relación con crímenes internacionales se contienen en legislación nacional referida a este tipo de crímenes bien sea de forma autónoma (véanse la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario de Bélgica, modificada en 2003; la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos de 2003; y el Código Penal de la República del Níger, modificado en 2003), o bien por tratarse de leyes de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entre las leyes de aplicación que establecen una excepción a la inmunidad de carácter general, véanse Burkina Faso: Ley de Determinación de las Competencias y del Procedimiento de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por

(Continuación en la página siguiente.)

dicha tendencia ha sido puesta de manifiesto también por parte de la doctrina, y ha tenido algún reflejo en el marco de procesos seguidos ante tribunales internacionales[740].

6) En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado estaba llamado a aplicarse en el marco de un ordenamiento jurídico internacional cuya unidad y carácter sistémico no se pueden obviar. Por tanto, los trabajos de la Comisión no debían ignorar otras normas ya existentes ni entrar en colisión con los principios jurídicos consagrados en sectores tan relevantes del derecho internacional contemporáneo como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal. En este contexto, el tratamiento de los crímenes en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica debe realizarse de forma cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta la necesidad de preservar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado, así como la necesidad de garantizar la aplicación del principio de rendición de cuentas, el principio de responsabilidad penal del individuo y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales entendida como un objetivo primordial de la comunidad internacional. Mediante la preservación de dicho equilibrio se garantiza que la inmunidad cumple las funciones para las que se estableció (proteger la igualdad soberana y los legítimos intereses del Estado) y que no se transforma en un instrumento procesal para bloquear de forma absoluta la deducción de la responsabilidad penal de ciertos individuos (los funcionarios del Estado) que se pueda derivar de la comisión de los más graves crímenes de derecho internacional.

7) Teniendo en cuenta las dos razones antes señaladas, la Comisión considera que debe cumplir su mandato de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional aplicando conjuntamente el método deductivo y el método inductivo. Sobre la base de esta premisa metodológica, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 7 una lista de crímenes respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica en virtud de los siguientes criterios: *a*) se trata de crímenes respecto de los que se puede identificar en la práctica una tendencia a favor de su consideración como crímenes no cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; y *b*) se trata de crímenes de derecho internacional que han sido identificados por la comunidad internacional como los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional y respecto de los cuales existen normas internacionales, convencionales y consuetudinarias, relativas a la prohibición de dichos crímenes, así como a la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar la comisión de los mismos.

8) No obstante, algunos miembros discreparon de ese análisis. En primer lugar, expresaron su oposición al proyecto de artículo 7, aprobado mediante votación, señalando lo siguiente: *a*) que la Comisión no debe definir su labor como una posible codificación del derecho internacional consuetudinario cuando, por las razones señaladas en las notas que figuran más abajo, es evidente que la jurisprudencia nacional[741], la legislación nacio-

(Continuación de la nota 739.)

los Tribunales de Burkina Faso, núm. 50, de 2009, arts. 7 y 15.1 (conforme a la misma, los tribunales de Burkina Faso pueden ejercer su jurisdicción respecto de las personas que hayan cometido un crimen de competencia de la Corte, aunque lo hayan cometido en el extranjero, siempre que el sospechoso se encuentre en su territorio. Además, el cargo oficial no constituirá una causa de excepción o reducción de la responsabilidad); Comoras: Ley *núm.* 11-022, de 13 de diciembre 2011, relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma, art. 7.2 («las inmunidades o normas de procedimiento especiales que pueda conllevar el cargo oficial de una persona en virtud de la ley o del derecho internacional no impiden a los tribunales nacionales ejercer su competencia con respecto a esta persona en relación a las infracciones previstas en esta Ley»); Irlanda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2006, art. 61.1 («Conforme al artículo 27, cualquier inmunidad diplomática o inmunidad del Estado asociada a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto de Roma no precluye el establecimiento de un procedimiento en relación con esa persona»); Mauricio: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2001, art. 4; Sudáfrica: Ley de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional núm. 27, de 18 de julio de 2002, arts. 4 2) *a*) i) y 4 3) *c*) (conforme a la misma, los tribunales sudafricanos tienen competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra cuando el presunto autor se encuentre en Sudáfrica, siendo inoponible la condición oficial que pueda ostentar el acusado). Entre las leyes de aplicación que establecen únicamente límites o procedimientos de consulta en relación con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional, véanse Alemania: Ley Constitutiva de los Tribunales, arts. 20.1 y 21; Argentina: Ley núm. 26200 de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley núm. 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, arts. 40 y 41; Australia: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 41, de 2002, art. 12.4; Austria: Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional, núm. 135, de 13 de agosto de 2002, arts. 9.1 y 9.3; Canadá: Ley de Extradición, 1999, art. 18; Francia: Código de Procedimiento Penal (conforme a la Ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002), art. 627.8; Irlanda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 30, de 2006, art. 6.1; Islandia: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2003, art. 20.1; Kenya: Ley de Crímenes Internacionales de 2008, núm. 16, art. 27; Liechtenstein: Ley de 20 de octubre de 2004 sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Internacionales, art. 10.1 *b*) y *c*); Malta: Ley de Extradición, art. 26S.1; Noruega: Ley núm. 65 de 15 de junio de 2001 relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 en el Derecho Noruego, art. 2; Nueva Zelandia: Ley de los Crímenes Internacionales y la Corte Penal Internacional de 2000, art. 31.1; Reino Unido: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, 2001, art. 23.1; Samoa: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2007, núm. 26, arts. 32.1 y 41; Suiza: Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, art. 6; y Uganda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 18, de 2006, art. 25.1 *a*) y *b*). Un caso especial es el de Dinamarca, cuya Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 16 de mayo de 2001, art. 2, atribuye la decisión de resolver los temas sobre la inmunidad al ejecutivo sin definir un sistema específico de consultas.

[740] La existencia de una tendencia relativa a la limitación de la inmunidad por crímenes internacionales fue afirmada por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 88, párr. 85. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Jones and Others v. the United Kingdom*, ha reconocido expresamente que parece existir «un apoyo emergente a favor de una norma especial o excepción en derecho internacional público en los casos relativos a declaraciones civiles por tortura» y que, por tanto, «a la luz de los desarrollos actualmente en curso en este área del derecho internacional público, es un tema que ha de ser mantenido en revisión por los Estados contratantes» (*Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, sentencia de 2 de junio de 2014, ECHR 2014, párrs. 213 y 215).

[741] Esos miembros señalaron que solo se citan nueve casos (véase la nota 738 *supra*) que supuestamente tratan de manera expresa la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de un funcionario del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que, de hecho, la mayoría de esos casos no avalan que deba denegarse dicha inmunidad. Por ejemplo, en la causa del Reino Unido *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, la inmunidad solo fue denegada con respecto a los actos comprendidos en el ámbito de aplicación de un

nal[742] y el derecho de los tratados[743] no respaldan las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7; *b*) que no ha sido posible identificar en la práctica en la materia una «tendencia», temporal o de otra índole, a favor de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; *c*) que la inmunidad es de carácter procesal y que, por ello: i) no se puede presuponer que la existencia de responsabilidad penal derivada de los crímenes de derecho internacional que pueda haber cometido un funcionario del Estado excluye automáticamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; ii) la inmunidad no depende de la gravedad del acto en cuestión ni de que ese acto esté prohibido por la norma imperativa de derecho internacional; y iii) la cuestión de la inmunidad ha de valorarse en una etapa temprana del ejercicio de la jurisdicción, antes de examinar el fondo del asunto[744]; *d*) la falta de inmunidad ante un tribunal penal internacional no es pertinente para la inmunidad de jurisdicción en los tribunales nacionales; y *e*) que el establecimiento de un nuevo sistema de excepciones a la inmunidad, si no se acuerda en virtud de un tratado, probablemente dañará las relaciones entre Estados y corre el riesgo de socavar el objetivo de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Además, en opinión de esos miembros, al proponer el proyecto de artículo 7, la Comisión estaría llevando a cabo un ejercicio de «política normativa» que no guarda relación ni con la codificación ni con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Según esos miembros, el proyecto de artículo 7 es una propuesta de «derecho nuevo» que no puede ser considerada ni *lex lata* ni desarrollo progresivo deseable del derecho internacional. En segundo lugar, esos miembros de la Comisión también destacaron la diferencia entre la inmunidad procesal de jurisdicción extranjera, por una parte, y la responsabilidad penal sustantiva, por otra, y sostuvieron que el reconocimiento de excepciones a la inmunidad ni se requería ni era necesariamente apropiado para lograr el equilibrio necesario. En opinión de esos miembros, la impunidad puede evitarse en las situaciones en que un funcionario es enjuiciado por su propio Estado, es enjuiciado por un tribunal internacional o es enjuiciado por un tribunal extranjero tras la renuncia a la inmunidad. Hacer valer excepciones a la inmunidad que los Estados no han aceptado mediante un tratado o la práctica generalizada puede dar lugar a grandes tensiones entre los Estados, cuando no a un conflicto abierto, en los casos en que un Estado ejerce su jurisdicción penal respecto de los funcionarios de otro Estado basándose únicamente en la presunta comisión de un crimen atroz.

tratado en vigor que se interpretó que motivaba la renuncia a la inmunidad (la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). La causa alemana *Hussein* no se refería a ninguno de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, y la sentencia no afirmó, en relación con la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein había dejado el cargo, que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se reconocía o no debía reconocerse en ese caso. La causa *Bouterse* no fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos y el razonamiento del tribunal de rango inferior sobre la inmunidad siguió siendo un *obiter dictum* no probado. La decisión de Bélgica en la causa *Sharon and Yaron* fue controvertida y llevó al Parlamento a modificar ulteriormente la legislación belga, lo que llevó a la Corte de Casación a declarar la falta de jurisdicción sobre el caso. Con esa misma ley estuvo relacionada la causa *Pinochet* ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. En la causa *Lozano v. Italy*, se concedió, no se denegó, inmunidad *ratione materiae* al funcionario del Estado extranjero. La causa *Special Prosecutor v. Hailemariam* se refería al enjuiciamiento por Etiopía de uno de sus propios nacionales, no de un funcionario de un Estado extranjero. Otros casos citados atañen a situaciones en que no se ha hecho valer la inmunidad o se ha renunciado a ella; no respaldan la afirmación de que un funcionario no disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* con arreglo al derecho internacional consuetudinario si se invoca tal inmunidad. Además, esos miembros han señalado que la pertinencia para el tema de los casos *civiles* ante tribunales nacionales debe ser examinada con detenimiento; en la medida en que son pertinentes, tienden a no avalar las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia declaró incompatible la causa *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (véase la nota 738 *supra*) con las obligaciones de Italia en virtud del derecho internacional. Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99. En la causa *Jones v. Saudi Arabia* (véase la nota 738 *supra*), la Cámara de los Lores reconoció la inmunidad del funcionario del Estado. En cambio, además de los casos antes mencionados, esos miembros señalaron varias causas en que la inmunidad *ratione materiae* ha sido invocada y aceptada por los tribunales nacionales en procesos penales. Véanse, por ejemplo, Senegal, *Hissène Habré*, Tribunal de Apelación de Dakar, sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 571 a 577 (inmunidad concedida al antiguo Jefe de Estado); Alemania, *Jiang Zemin*, decisión de la Fiscalía General de la República Federal de Alemania de 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2 (ídem).

[742] Esos miembros han señalado que muy pocas leyes nacionales abordan la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Como se reconoce en el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párr. 42: «La inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios no es objeto de regulación expresa en la mayoría de los Estados. Por el contrario, la respuesta a la inmunidad ha sido dejada en manos de los tribunales […]». De las pocas leyes nacionales que supuestamente tratan dicha inmunidad (Burkina Faso, Comoras, España, Irlanda, Mauricio, Níger y Sudáfrica), ninguna se hace eco del proyecto de artículo 7 tal como está redactado. Por ejemplo, la Ley Orgánica de España 16/2015, de 27 de octubre, art. 23, párr. 1, únicamente se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Leyes como la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario (enmendada en 2003), de Bélgica, o la Ley de Crímenes Internacionales de 2003, de los Países Bajos, solo disponen que se denegará la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sin más detalles. Además, esos miembros han observado que las leyes nacionales de ejecución de una obligación de entrega de un funcionario a la Corte Penal Internacional, dimanante del Estatuto de Roma o de una decisión del Consejo de Seguridad, no son pertinentes para la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. También son irrelevantes las leyes nacionales centradas en la inmunidad de los Estados, como la Ley núm. 24488 de la Argentina, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá (además, se ha indicado que la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera no ha sido enmendada por la Ley de Protección de las Víctimas de Tortura, que no tiene nada que ver con el terrorismo).

[743] Esos miembros han señalado que ninguno de los tratados mundiales dedicados a tipos concretos de crímenes (como el genocidio, los crímenes de guerra, el *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas) contienen disposiciones que anulen la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, como tampoco las contienen los tratados mundiales que se ocupan de tipos concretos de funcionarios (por ejemplo, los diplomáticos, los agentes consulares y los agentes en misión especial).

[744] Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 741 *supra*), pág. 137, párr. 84 («el derecho internacional consuetudinario no condiciona el derecho de un Estado a la inmunidad a la gravedad del acto del que se le acusa ni al carácter imperativo de la norma presuntamente vulnerada»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (nota 740 *supra*), pág. 25, párr. 60 («La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo»).

9) Ha de tenerse en cuenta que esos miembros señalaron también que no podría adoptarse ninguna decisión sobre la cuestión relativa a los límites y excepciones a la inmunidad hasta que la Comisión no se hubiese pronunciado sobre la cuestión de las garantías procesales. Dicha opinión no fue, sin embargo, seguida por la mayoría de los miembros de la Comisión, que, si bien reconocieron la importancia de definir claramente garantías procesales que evitasen abusos en el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de los funcionarios del Estado, entendieron que el tema de los crímenes respecto de los que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se aplica podía ser objeto de tratamiento autónomo en el presente estadio de los trabajos de la Comisión. No obstante, a fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las cuestiones procesales en el tratamiento del presente tema, se acordó incluir en el texto actual del proyecto de artículos una nota a pie de página redactada en los siguientes términos: «[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos». Dicha nota se incluyó como referencia en el título de la segunda parte (Inmunidad *ratione personae*) y en el título de la tercera parte (Inmunidad *ratione materiae*) del proyecto de artículos, ya que las disposiciones y garantías procesales podían referirse a ambas categorías de inmunidad, y debían considerarse además en relación con el proyecto de artículos entendido en su conjunto.

Párrafo 1

10) El párrafo 1, apartados *a* a *f*, del proyecto de artículo 7 enumera los crímenes de derecho internacional que, en caso de que se produzcan presuntamente, impedirían la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal en beneficio de un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando en tal condición y durante el período en que se encontrase en ejercicio de sus funciones. Dichos crímenes son los siguientes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas.

11) El encabezamiento del proyecto de artículo emplea la expresión «no se aplica» a fin de tener en cuenta que tanto en la práctica como en la doctrina se vienen produciendo dos interpretaciones distintas respecto de la valoración o no de dichos crímenes como «actos realizados a título oficial». Así, desde una primera perspectiva se ha entendido que la comisión de dichos crímenes no puede constituir nunca una función del Estado y, por tanto, no pueden ser considerados como «actos realizados a título oficial». Por el contrario, desde una segunda perspectiva, se ha sostenido que los crímenes de derecho internacional bien exigen la presencia de un elemento estatal (tortura, desapariciones forzadas), bien se cometen con la cobertura, explícita o implícita, del aparato del Estado, por lo que se produce una conexión estatal y, por tanto, pueden ser considerados en determinadas ocasiones «actos realizados a título oficial»[745]. Aunque la Comisión no consideró necesario pronunciarse a favor de una u otra de las interpretaciones antes mencionadas, tuvo en cuenta que algunos tribunales nacionales no han aplicado la inmunidad *ratione materiae* en ejercicio de su jurisdicción penal respecto de estos crímenes de derecho internacional, bien sea porque no los consideran un acto realizado a título oficial o una función propia del Estado[746], bien porque entienden que, a pesar de serlo, los crímenes de derecho internacional (por su gravedad o por ser contrarios a normas imperativas) no pueden dar lugar al reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de sus autores[747].

12) Por ello, teniendo en cuenta que en la práctica un mismo crimen de derecho internacional ha sido interpretado en ocasiones como un límite (inexistencia de la inmunidad) o como una excepción (exclusión de la inmunidad existente), la Comisión consideró preferible abordar el tema desde la perspectiva de los efectos que se derivan de cada uno de estos enfoques, a saber: la no aplicabilidad respecto de dichos crímenes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de la que, de otro modo, podría beneficiarse un funcionario del Estado. La Comisión optó por esta formulación por razones de claridad y seguridad, a fin de ofrecer una lista de crímenes que, aunque fueran cometidos por un funcionario del Estado, impedirían que este se beneficiase de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

13) A tal fin se usó la expresión «la inmunidad no se aplica» siguiendo, *mutatis mutandis*, la técnica que la Comisión empleó en su día en relación con la inmunidad de jurisdicción del Estado, en que utilizó la expresión «procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada» en un contexto similar[748]. Sin embargo, en el

[745] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 741 *supra*), pág. 125, párr. 60 (sobre *acta jure imperii* en el contexto de la inmunidad del Estado).

[746] Véanse, a título de ejemplo, los siguientes asuntos: *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998 (nota 738 *supra*), pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000 (nota 738 *supra*), párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones). Un argumento similar ha sido seguido también en algunos casos cuando la inmunidad se ha suscitado ante la jurisdicción civil. Así, véase, a título de ejemplo, el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Primera Instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997.

[747] Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310. En el caso *Ferrini*, los tribunales italianos se han basado tanto en la gravedad de los crímenes cometidos como en el hecho de que las conductas en cuestión son contrarias a normas de *ius cogens* (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004 (véase la nota 738 *supra*), pág. 674). En el caso *Lozano,* el Tribunal de Casación italiano ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de derechos fundamentales, que tienen rango de normas de *ius cogens* y, por tanto, deben primar sobre las normas que regulan la inmunidad (*Lozano v. Italy*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (véase la nota 738 *supra*), párr. 6). En el asunto *A. c. Ministère public de la Confédération*, el Tribunal Federal Penal de Suiza fundó su decisión en la existencia de una prohibición de cometer crímenes internacionales de carácter consuetudinario que el legislador suizo considera de *ius cogens*; destacando además la incoherencia de prohibir dichas conductas y al mismo tiempo seguir reconociendo una inmunidad *ratione materiae* que impediría el inicio de la investigación (*A. c. Ministère public de la Confédération*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012 (véase la nota 738 *supra*)).

[748] Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones, *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 35. La Comisión utilizó la expresión arriba citada como título de la parte III del proyecto de artículos y la reiteró en los artículos 10 a 17 incluidos en

proyecto de artículo 7, la Comisión decidió no emplear la expresión «no puede invocarse» a fin de evitar el componente procesal que tiene dicha expresión y prefirió retener la fórmula neutra «no se aplica».

14) Por su parte, la expresión «respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» se incluyó en el encabezamiento a fin de seguir la formulación ya empleada con anterioridad en los proyectos de artículo 3 y 5, provisionalmente aprobados por la Comisión.

15) Con la expresión «crímenes de derecho internacional» se hace referencia a conductas tipificadas en el derecho internacional, sean o no crímenes en el derecho nacional. Los crímenes enumerados en el artículo 7 son los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sobre los que existe un amplio consenso internacional respecto de su definición, así como sobre la existencia de una obligación de prevenir y sancionar la comisión de los mismos. Dichos crímenes han sido abordados en tratados internacionales y están prohibidos también por el derecho internacional consuetudinario.

16) La expresión «crímenes de derecho internacional» ha sido empleada con anterioridad por la Comisión al enunciar los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg[749] y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[750]. En dicho contexto, la Comisión entendió que el empleo de la expresión «crímenes de derecho internacional» significaba que «el derecho internacional es la base para la tipificación penal» de dichos crímenes y que «la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son consecuencia directa del derecho internacional»[751]. De ello se derivan «la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal» de estos crímenes[752] y el hecho de que «la tipificación o falta de tipificación de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esta categoría de comportamiento como penal con arreglo al derecho internacional»[753]. En consecuencia, el empleo de la expresión «crímenes de derecho internacional» vincula directamente la lista de crímenes contenida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 con el derecho internacional y asegura que la definición de los mismos se entenderá conforme a lo establecido en normas internacionales, sin que sea relevante la tipificación que pueda haberse establecido en el derecho interno para identificar los casos en que la inmunidad no se aplica.

17) Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional se incluyen: *a*) el crimen de genocidio, *b*) los crímenes de lesa humanidad y *c*) los crímenes de guerra. La Comisión los incluyó entre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica por dos razones básicas. En primer lugar, se trata de crímenes respecto de los que la comunidad internacional ha expresado una preocupación especial, dando lugar a la adopción de tratados que ocupan un lugar central en el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y respecto de los cuales las cortes internacionales han destacado no solo su gravedad sino también que la prohibición de los mismos tiene naturaleza consuetudinaria y su comisión puede constituir una violación de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que dichos crímenes aparecen, directa o indirectamente, en la práctica judicial de los Estados en relación con casos en los que se ha suscitado la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*. Por último, ha de destacarse que esos tres crímenes han sido recogidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, que los califica como los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»[754]. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

18) La Comisión decidió no incluir en este momento el crimen de agresión a pesar de que se encuentra recogido igualmente en el artículo 5 del Estatuto de Roma y ha sido objeto de tipificación en virtud de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en 2010[755]. La Comisión tomó tal decisión considerando la naturaleza del crimen de agresión, que exigiría a los tribunales nacionales determinar la existencia de un acto previo de agresión del Estado extranjero, así como la especial dimensión política de

esa parte. Para la explicación de los motivos que llevaron a la Comisión a emplear dicha expresión, véase, en particular, el párrafo 1 del comentario general a la parte III (pág. 35) y los párrafos 1 a 5 del comentario al artículo 10 (págs. 36 y 37). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes de 2004 ha empleado la expresión «Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer» tanto en el título de la parte III como en los artículos 10 a 17.

[749] Véase el principio I de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg: «Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción» (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

[750] Véase el artículo 1 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954: «Los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables» (*Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 151). Por su parte, el artículo 1, párrafo 2, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1996 declara que «[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional» (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

[751] Véase el párrafo 6 del comentario al artículo 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

[752] Ibíd., párr. 9.

[753] Ibíd., párr. 10. Téngase en cuenta que, por su parte, al comentar el principio I de los Principios de Núremberg, la Comisión había afirmado que «[l]a regla general que subyace en el principio I es que el derecho internacional puede imponer obligaciones a los individuos directamente sin la interposición del derecho interno» (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

[754] Estatuto de Roma, art. 5, párr. 1, y preámbulo, párrafo cuarto.

[755] Véase la definición de la agresión incluida en el artículo 8 *bis*, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, publicación de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, resolución 6, «El crimen de agresión» (RC/Res.6).

este tipo de crímenes[756], dada su configuración como un «crimen de líderes», y el hecho de que la propia Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional no se ha pronunciado aún sobre la activación de la jurisdicción de la Corte respecto de este crimen. Sin embargo, algunos miembros señalaron que el crimen de agresión debería haberse incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ya que era el más grave de los crímenes de derecho internacional, fue incluido con anterioridad por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[757] y era uno de los recogidos en el Estatuto de Roma. Además, muchos Estados han incluido el crimen de agresión en su legislación penal[758]. En consecuencia, expresaron su posición contraria a la decisión mayoritaria de la Comisión y reservaron su posición al respecto.

19) Por otro lado, la Comisión consideró necesario incluir en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de *d*) *apartheid*, *e*) tortura y *f*) desapariciones forzadas como categorías autónomas de crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad no se aplica. Aunque dichos crímenes están incluidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad[759], la Comisión tuvo en cuenta los elementos citados a continuación para considerarlos crímenes autónomos. En primer lugar, los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas han sido objeto de tratados internacionales que establecen un régimen jurídico propio de prevención, represión y sanción[760] que impone a los Estados obligaciones específicas de adoptar ciertas medidas en sus ordenamientos internos, incluida la obligación de tipificar dichos crímenes en la legislación nacional y adoptar las medidas necesarias para que sus tribunales sean competentes para enjuiciar este tipo de crímenes[761]. A eso se ha de añadir el hecho de que los tratados en cuestión establecen sistemas de cooperación y asistencia jurídica internacional que opera de manera horizontal entre los Estados[762]. En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas estaban sometidos en el Estatuto de Roma a un umbral específico que se define como la comisión de dichos crímenes como «parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»[763], que, sin embargo, no existía en los instrumentos que se referían específicamente a esos crímenes. En tercer lugar, la Comisión tuvo en cuenta que los tratados contra la tortura y las desapariciones forzadas establecían expresamente que esos actos solo podían ser cometidos por funcionarios del Estado o bajo su instigación, apoyo o tolerancia[764]. Además, la Comisión tuvo en cuenta que, en un buen número de casos, cuando los tribunales nacionales se han ocupado de estos crímenes en relación con la inmunidad lo han hecho por referencia a los mismos en tanto que crímenes autónomos. El tratamiento dado a la tortura constituye un buen ejemplo de ello[765]. No obstante, algunos miembros

[756] A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en los comentarios al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión afirmó lo siguiente: «La agresión atribuida a un Estado es condición *sine qua non* para establecer la responsabilidad de una persona por su participación en el crimen de agresión. Nadie puede incurrir en responsabilidad por este crimen si no hay agresión cometida por un Estado. Por consiguiente, el tribunal no puede zanjar la cuestión de la responsabilidad penal individual por este crimen sin considerar con carácter preliminar la cuestión de la agresión cometida por un Estado. La determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet*. Además, el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales» (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrafo 14 del comentario al artículo 8).

[757] Ibíd., pág. 46, art. 16.

[758] Entre los ejemplos de legislaciones nacionales que tipifican el crimen de agresión, cabe citar los siguientes: Austria, Código Penal núm. 60/1974, de 23 de enero de 1974, enmendado por BGBl. I núm. 112/2015 de 13 de agosto de 2015, art. 321k; Azerbaiyán, Código Penal de 2000, arts. 100 y 101; Bangladesh, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales), art. 3, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) núm. XIX de 1973, enmendada por la Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) (enmienda) núm. LV de 2009 y la Ley núm. XXI de 2012; Belarús, Código Penal, arts. 122 y 123, Ley núm. 275-Z de 9 de julio de 1999 (enmendada el 28 de abril de 2015); Bulgaria, Código Penal, arts. 408 y 409, *State Gazette*, núm. 26 de 2 de abril de 1968, enmendada por *State Gazette*, núm. 32 de 27 de abril de 2010; Croacia, Código Penal, arts. 89 y 157, *Official Gazette of the Republic of Croatia «Narodne novine»*, núm. 125/11; Cuba, Código Penal, arts. 114 y 115, Ley núm. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley núm. 87 de 16 de febrero de 1999; Ecuador, Código Penal, art. 88; Estonia, Código Penal, arts. 91 y 92; Finlandia, Código Penal, Ley núm. 39/1889, enmendada por la Ley núm. 1718/2015, arts. 4 *a*, 4 *b* y 14 *a*; Alemania, Código Penal de 13 de noviembre de 1998 (BGBl); Luxemburgo, Código Penal, art. 136; Macedonia, Código Penal, art. 415; Malta, Código Penal, art. 82(C), Código Penal de la República de Malta (1854, enmendado en 2004); República de Moldova, Código Penal de la República de Moldova, arts. 139 y 140, aprobado por la Ley núm. 985-XV el 18 de abril de 2002 (enmendada en 2009); Mongolia, Código Penal (2002), art. 297; Montenegro, Código Penal, art. 442, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, núm. 70/2003, Corrección, núm. 13/2004; Paraguay, Código Penal de la República del Paraguay, art. 271, Ley núm. 1160/97; Polonia, Código Penal, art. 17, Ley de 6 de junio de 1997; Rusia, Código Penal, Código Penal de la Federación de Rusia, arts. 353 y 354, Ley Federal núm. 64-FZ de 13 de junio de 1996 (enmendada); Samoa, Ley de Tribunales Penales Internacionales de 2007, enmendada por la Ley 2014, § 7A, núm. 23; Eslovenia, Código Penal de 2005, arts. 103 y 105; Tayikistán, Código Penal de la República de Tayikistán, arts. 395 y 396; Timor-Leste, Código Penal de la República Democrática de Timor-Leste, Decreto-ley núm. 19/2009, art. 134. Para un análisis de la cuestión, véase A. Reisinger Coracini, «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Londres y Nueva York, Routledge, 2016.

[759] Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1, apartados *j*, *f* e *i*, respectivamente.

[760] Véanse Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

[761] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 4, 5 y 6; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 4, 6 y 9.

[762] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. XI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 6 a 9; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 10, 11, 13 y 14.

[763] Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1. La definición de dicho umbral se contiene en el artículo 7, párrafo 2 *a*.

[764] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1, párr. 1; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2.

[765] Así ha sucedido, por ejemplo, en el Reino Unido, donde todos los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en que suscitaba la no aplicabilidad de dicha inmunidad en relación con los actos de tortura han tenido como base la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véanse los asuntos *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex*

señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

20) Aunque algunos miembros de la Comisión sugirieron que se incluyeran en la lista otros crímenes, como la esclavitud, el terrorismo, la trata de seres humanos, la prostitución y la pornografía infantil o la piratería, que también eran objeto de tratados internacionales que establecían regímenes jurídicos especiales para cada crimen a efectos de su prevención, supresión y sanción, la Comisión decidió no incluirlos. Para ello tuvo en cuenta que los citados crímenes o se consideraban ya incluidos en los crímenes de lesa humanidad o no se correspondían plenamente con la categoría de crímenes de derecho internacional entendida en sentido estricto, siendo más correcto calificarlos en la mayoría de los casos como crímenes transnacionales. Además, se tuvo en cuenta que dichos crímenes se cometían habitualmente por actores no estatales y no encontraban reflejo en la práctica judicial nacional relativa a la inmunidad de jurisdicción. En todo caso, la no inclusión de otros crímenes internacionales en el proyecto de artículo 7 no puede entenderse como una minusvaloración de la gravedad de esos crímenes por parte de la Comisión.

21) Por último, ha de señalarse que la Comisión no incluyó en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción ni los crímenes afectados por la denominada «excepción territorial» que habían sido propuestos por la Relatora Especial[766]. Ello no significa, sin embargo, que la Comisión entienda que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* se aplique respecto de esas dos categorías de crímenes.

22) Por lo que se refiere a la corrupción (entendida como «gran corrupción»), varios miembros de la Comisión señalaron que los crímenes de corrupción revestían una especial gravedad, ya que afectaban de manera directa a los intereses del Estado y a su estabilidad, al bienestar de su población e incluso a las relaciones internacionales. En consecuencia, dichos miembros se manifestaron a favor de incluir una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, otros miembros de la Comisión pusieron de manifiesto que, aunque la gravedad de la corrupción no se podía poner en cuestión, su inclusión en el proyecto de artículo 7 planteaba problemas, vinculados esencialmente a la generalidad del término «corrupción» y la pluralidad de actos que se podían incluir en dicha categoría, así como por el hecho de que, a su juicio, la práctica convencional y jurisprudencial no ofrecía cobertura suficiente para incluir ese tipo de crímenes entre los límites y excepciones a la inmunidad. Otros miembros cuestionaron si la corrupción cumplía el requisito de gravedad de otros crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7. Por último, varios miembros de la Comisión señalaron que la corrupción no podía ser considerada en ningún caso un acto realizado a título oficial y que, por tanto, no era necesario incluirla entre los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplica.

23) Teniendo especialmente en cuenta este último argumento, la Comisión decidió no incluir en el proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción, por entender que no constituían «actos realizados a título oficial», pues se trataba de actos que eran realizados por un funcionario del Estado con la única finalidad de obtener un beneficio propio[767]. Aunque varios miembros de la Comisión señalaron que la participación de funcionarios del Estado en ese tipo de actos no podía ser ignorada, ya que era precisamente su condición de funcionarios la que facilitaba y hacía posible la comisión del crimen de corrupción, algunos miembros de la Comisión entendieron que el hecho de que un funcionario cometiera un crimen de corrupción no cambiaba la naturaleza del acto, que seguía siendo un acto realizado en beneficio propio aunque para ello se utilizasen las estructuras del Estado y de ello se pudiera derivar una apariencia de oficialidad. En consecuencia, dado que el crimen de corrupción no cumplía con el elemento normativo contenido en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, varios miembros de la Comisión entendieron que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no existía en relación con el mismo y por ello no era necesario incluirlo en la lista de crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica[768].

24) La Comisión también examinó el caso de otros crímenes cometidos por un funcionario extranjero en el territorio del Estado del foro sin que dicho Estado haya consentido en su presencia en el territorio ni tampoco en la actividad realizada por el mismo que ha dado lugar a la comisión del crimen (excepción territorial). Este supuesto presenta perfiles muy diferentes a los crímenes de derecho internacional que se han incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, así como respecto del crimen de corrupción. Aunque se señaló que en esas circunstancias podría existir inmunidad y que la excepción no debería incluirse en el proyecto de artículo 7 porque no existía suficiente práctica que lo avalase, la Comisión entendió que las razones para no incluir ese supuesto en el citado proyecto de artículo eran otras. Así, la Comisión considera que determinados crímenes[769], como el asesinato, el espionaje, el sabotaje o el secuestro, cometidos en el territorio de un Estado en las circunstancias antes indicadas están sometidos al principio de soberanía territorial y que respecto de los mismos no nace una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que no es necesario incluirlos en la lista de crímenes a los que esa categoría de inmunidad no se aplica. Ello se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de conformidad con lo establecido en el proyecto de artículo 1, párrafo 2.

parte Pinochet Ugarte (No. 3), Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (nota 738 *supra*); y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso Príncipe Nasser), High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 (nota 738 *supra*). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ha sido la base también de un asunto relacionado con la inmunidad de jurisdicción civil: *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006 (véase la nota 738 *supra*).

[766] Véase el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párrs. 225 a 234.

[767] En este mismo sentido, véanse los párrafos 3 y 5 del comentario al proyecto de artículo 2 *f*, dedicado a la definición del «acto realizado a título oficial», *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 229 a 232.

[768] Ibíd., párr. 13, págs. 231 y 232.

[769] En referencia a una excepción en el contexto de la inmunidad del Estado, véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 741 *supra*).

Párrafo 2 y anexo

25) El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 establece un vínculo entre el párrafo 1 del mismo artículo y el anexo del proyecto de artículos, titulado «Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2». Aunque el concepto de «crímenes de derecho internacional» y los conceptos de «crimen de genocidio», «crímenes de lesa humanidad», «crímenes de guerra», «crimen de *apartheid*», «tortura» y «desapariciones forzadas» forman parte de categorías bien establecidas en el derecho internacional contemporáneo, la Comisión tuvo en cuenta que el hecho de que el artículo 7 se refiriese a «crímenes» exigía que se preservase el principio de seguridad jurídica característico del derecho penal y que se ofrecieran instrumentos que evitasen la subjetividad a la hora de identificar qué se entendía por cada uno de los crímenes antes mencionados.

26) No obstante, la Comisión no consideró necesario definir qué se entendía por crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas, pues ello no formaba parte de su mandato en el marco del presente proyecto de artículos. Por el contrario, la Comisión consideró que era preferible realizar un simple ejercicio de identificación de aquellos instrumentos convencionales que definen las categorías antes mencionadas, a fin de incluirlos en una lista que permitiese a los operadores jurídicos actuar con mayor seguridad si tuviesen que aplicar el proyecto de artículo 7. El resultado de dicho ejercicio es la lista contenida en el anexo del proyecto de artículos.

27) Como se indica en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, la vinculación de cada crimen con los tratados enumerados en el anexo se produce únicamente a los efectos del proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a fin de identificar las definiciones de los crímenes enumerados en el párrafo 1 de dicho artículo, sin prejuzgar ni condicionar que los Estados sean o no partes en dichos instrumentos.

28) Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la inclusión en la lista de determinados tratados no tiene efecto alguno en la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes reconocida por el derecho internacional, ni tampoco en las obligaciones específicas que se puedan derivar de dichos tratados para los Estados partes. De la misma manera, la inclusión exclusiva de algunos de los tratados que definen los crímenes en cuestión tampoco tiene efecto sobre otros tratados que definen o regulan los mismos crímenes, cuyas definiciones y regímenes jurídicos siguen intactos para los Estados partes a los efectos de la aplicación de dichos tratados. En conclusión, la remisión a un tratado específico a los efectos de definir cada uno de los crímenes enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 se realiza por razones de oportunidad y conveniencia y únicamente a los fines del proyecto de artículo 7, y no afecta en modo alguno a las restantes normas de derecho internacional, consuetudinarias o convencionales que se refieren a dichos crímenes y que contienen regímenes jurídicos de alcance general respecto de cada uno de ellos.

29) La elección de los tratados cuyos artículos se incluyen en el anexo a efectos de la definición de los crímenes de derecho internacional se realizó teniendo en cuenta tres criterios básicos: *a*) la voluntad de evitar posibles confusiones cuando varios tratados utilizan diferente terminología para definir un mismo crimen; *b*) que el tratado incluido en la lista sea de ámbito universal; y *c*) que el tratado en cuestión contenga la definición más actualizada de dicho crimen ofrecida por normas convencionales.

30) El genocidio fue definido por primera vez en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio[770], y su tipificación se ha mantenido constante en el derecho penal internacional contemporáneo, debiéndose destacar el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 4)[771], el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 2)[772] y, de modo especial, el Estatuto de Roma, que, en su artículo 6, recoge la definición contenida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Por su parte, la Comisión definió el genocidio en el artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[773]. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión incluyó en el anexo tanto el Estatuto de Roma (art. 6) como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. II), dada la práctica identidad y significado de los términos empleados por ambos instrumentos.

31) Por lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, ha de recordarse que algunos tratados internacionales han calificado ciertos comportamientos de «crímenes de lesa humanidad»[774] y que los tribunales internacionales se han pronunciado sobre el carácter consuetudinario de esa categoría de crímenes. El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 5) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 3) también han definido ese crimen. La propia Comisión definió esta categoría de crímenes en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 18)[775]. Sin embargo, es el Estatuto de Roma el instrumento en que por primera vez se define esta categoría de crímenes de forma integral y autónoma.

---

[770] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. II.

[771] Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/25704 y Corr.1 [y Add.1]), anexo.

[772] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

[773] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48.

[774] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo quinto del preámbulo.

[775] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51.

Por esta razón, la Comisión consideró que el artículo 7 del Estatuto de Roma debía ser entendido como la definición de los crímenes de lesa humanidad a los efectos del presente proyecto de artículo. Esa decisión es coherente con la adoptada con anterioridad por la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, que, en su proyecto de artículo 3, reproduce la definición de esta categoría de crímenes contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma[776].

32) El concepto de crímenes de guerra tiene una larga tradición que se vincula originalmente a los tratados de derecho internacional humanitario. Así, los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949) y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) definen dicha categoría de crímenes bajo la denominación de «infracciones graves»[777]. Los crímenes de guerra fueron definidos también en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (arts. 2 y 3) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 4), así como por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 20)[778]. La última definición de los crímenes de guerra figura en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, que recoge las experiencias previas y se refiere de forma amplia a los crímenes de guerra cometidos tanto en un conflicto armado internacional como en un conflicto armado interno, así como a los crímenes de base convencional y de base consuetudinaria. A los efectos del presente proyecto de artículo, la Comisión decidió retener la definición contenida en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, por considerarla la versión más actualizada de la definición de esta categoría de crímenes. Dicha decisión no implica, sin embargo, ignorar el lugar destacado que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I ocupan en relación con la definición de lo que ha de entenderse como crímenes de guerra.

33) El crimen de *apartheid* fue definido por primera vez en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, que, aunque lo califica de crimen contra la humanidad y crimen de derecho internacional (art. I), contiene una definición autónoma y detallada del crimen de *apartheid* (art. II). Por esta razón, la Comisión decidió retener la definición de la Convención de 1973 a los efectos del presente proyecto de artículo.

34) La tortura se define como una violación de derechos humanos en todos los instrumentos internacionales en la materia. Su calificación como conducta prohibida que debe dar lugar a represión penal se recoge por primera vez en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que la define como un crimen autónomo en su artículo 1, párrafo 1. Dicha definición incorpora, además, el elemento significativo de que la calificación de un acto como tortura exige que este sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que sitúa a ese crimen en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Una definición similar figura en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 2 y 3). La Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la tortura ha de entenderse conforme a la definición que de la misma da la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

35) Las desapariciones forzadas de personas se definieron por primera vez en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 (art. II). Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, define igualmente este crimen (art. 2). Al igual que en el caso de la tortura, la definición de este crimen exige que sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que lo sitúa en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Por ello, la Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la definición de desapariciones forzadas debe entenderse conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención de 2006.

---

[776] Véase *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), págs. 39 y 40, artículo 3 y párrafo 8 del comentario a dicho artículo.

[777] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio de Ginebra I), art. 50; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio de Ginebra II), art. 51; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio de Ginebra III), art. 130; Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio de Ginebra IV), art. 147; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), art. 85.

[778] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58.