

personae. Parece fácil concluir que se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, el «trío» clásico, como ya se ha observado. El Relator Especial tiende a ampliar ese círculo, y el Sr. Petrič se une a él. El Relator Especial cita a este respecto al ministro de defensa y a otros ministros, pero cabría agregar, por ejemplo, el vicepresidente o el presidente del Parlamento, en función del orden constitucional de cada Estado. Cabría asimismo tener en cuenta la situación de los Estados federales, aunque más no fuera que en el comentario.

55. La cuestión del reconocimiento (párrafos 122 a 124 del informe preliminar) y la cuestión de los familiares (párrs. 125 a 129) despiertan controversia. Cuando se trata de dos Estados que se reconocen recíprocamente, incluso aunque uno de ellos sólo haya sido reconocido por un número limitado de otros Estados, no es un problema importante. En los demás casos, conviene tener presente que los Estados deben respetar el derecho internacional general en el marco de sus relaciones. El jefe de un Estado no reconocido ejerce las mismas funciones que los funcionarios de los Estados reconocidos y, con ese título, encarna la soberanía del Estado en cuestión. Negarle la inmunidad plantea problemas. Queda claro que es distinto el caso de las entidades auto-proclamadas como Estados. Como quiera que sea, esta cuestión merece un examen más detenido. El Sr. Petrič reconoce sin embargo que al ocuparse del problema del reconocimiento la Comisión debería reflexionar respecto de cuestiones como los efectos del reconocimiento y su carácter declarativo o constitutivo, terreno en el cual sería mejor no aventurarse. Dicho esto, tal vez resulte imposible dejar enteramente la cuestión de lado. Por el contrario, es cierto que la cuestión de la inmunidad de los familiares de un jefe de Estado excede del marco del tema, como lo indica el Relator Especial en el párrafo 129 de su informe.

56. Como conclusión, el Sr. Petrič aprueba las conclusiones formuladas en el párrafo 130 del informe preliminar del Relator Especial, con los pequeños matices que acaba de aportar.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2984.ª SESIÓN

Jueves 24 de julio 2008, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO

Miembros presentes: Sr. Brownlie, Sr. Caffisch, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Ojo, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/596, A/CN.4/601)

[Tema 9 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del informe preliminar del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/601).

2. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Relator Especial por su informe —que es fruto de una enorme labor de investigación— y a la Secretaría por su memorando (A/CN.4/596) —un trabajo de referencia considerable que tiene un valor suficiente para merecer su publicación—. Aunque se siente un poco desbordada por el enorme volumen de la documentación y el profundo conocimiento del tema de otros miembros, confía en que sus observaciones sirvan de orientación útil al Relator Especial en sus trabajos futuros. Dividirá su exposición en tres partes, que se referirán, respectivamente, a las esferas de acuerdo, a los supuestos que, a su juicio, se han formulado de manera apresurada en el informe y que posiblemente requieran un examen más a fondo, y los aspectos que se han pasado por alto.

3. En primer lugar, está de acuerdo en que es importante tener una definición de «inmunidad de jurisdicción penal», en particular para determinar a qué actos se aplica esa inmunidad —una cuestión que se planteó en la causa *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia)—. En segundo lugar, también está de acuerdo en que la inmunidad no excluye la aplicabilidad, sino simplemente la aplicación de la legislación vigente.

4. En tercer lugar, conviene en que la inmunidad se basa en una combinación de la teoría de la representación y la teoría funcional y que algunas entidades, por ejemplo los jefes de Estado, desempeñan una función en gran parte representativa o incluso puramente simbólica. Por tanto, la cuestión de las inmunidades está íntimamente relacionada con la teoría de la representación. En el caso de otros altos funcionarios del Estado, sin embargo, tal vez pueda aplicarse una combinación de la teoría de la representación y la teoría funcional —aspecto sobre el que volverá más adelante, ya que podría haber sido objeto de una mayor elaboración en el informe—.

5. En cuarto lugar está de acuerdo en que el punto de partida del estudio no debe ser la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*, sino la distinción entre los actos realizados por los funcionarios del Estado a título personal y oficial. Es un aspecto importante que, si bien se ha hecho alusión a él en el informe, no se ha destacado debidamente.

6. En quinto lugar, tal como el Sr. Petrič y otros oradores han observado, es importante estudiar la cuestión de la inmunidad aplicable en la etapa previa al juicio, ya que muchos problemas relacionados con la inmunidad se plantean entonces.

7. Por último, parece aconsejable no examinar, al menos en las etapas iniciales del estudio, las cuestiones del reconocimiento y la inmunidad de los familiares de los funcionarios del Estado. Desearía vivamente que se elaborara un artículo en el que se excluyera la inmunidad de los familiares —tal vez con la excepción de los consortes de monarcas, pues también encarnan al Estado— y otro en el que se excluyera la inmunidad a los funcionarios de Estados y gobiernos no reconocidos. Esos asuntos tal vez puedan abordarse ulteriormente.

8. Con respecto a los supuestos excesivamente apresurados, desea hacer dos observaciones. En primer lugar, el Relator Especial tiende a presuponer que el tema de las inmunidades sólo comprenderá tres categorías de funcionarios. Sin embargo, el título indica que abarcará las inmunidades de personas distintas de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. Si la Comisión hubiera tomado en consideración esa categoría muy limitada de funcionarios únicamente, tal vez habría hecho referencia en el título a los «representantes del Estado» y no a los «funcionarios del Estado». Al igual que algunos otros oradores, es partidaria de una definición más amplia de las personas abarcadas por el tema, a saber, todos los funcionarios y ex funcionarios del Estado, posibilidad a la que se hace referencia en el párrafo 106 del informe.

9. De ello se desprende un problema que está implícito en la teoría funcional. Si se adopta este último enfoque como base para la concesión de inmunidad, resultará casi imposible determinar qué funcionarios del Estado carecen de inmunidad. Casi cualquier persona que desempeñe una función cualquiera del Estado podrá reclamar la inmunidad, incluidos los funcionarios de la administración civil y los maestros del sistema de enseñanza pública. En un mundo globalizado, todos los miembros del gobierno y el personal técnico básico ha de viajar constantemente al extranjero para desempeñar funciones del Estado. Por tanto, el concepto de inmunidad debe limitarse para aplicarlo únicamente a las personas que desempeñan funciones esenciales del Estado o funciones que no podrían ejercerse a falta de inmunidad. Varios Estados aplican actualmente un criterio de ese tipo, por ejemplo España, donde se ha llevado a juicio a varios militares de alta graduación y otros funcionarios de Rwanda porque los tribunales españoles han considerado que no tenían inmunidad.

10. A su juicio, la verdadera base de la inmunidad es la representación. Sólo quienes encarnan al Estado pueden verdaderamente reclamar la inmunidad. Los jefes de Estado y posiblemente los jefes de gobierno entran dentro de esa categoría, mientras que los ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidad debido sobre todo a que los diplomáticos con los que se relacionan gozan de ella. Si la Comisión no se limita a esas categorías, habrá que aplicar la teoría funcional y considerar qué umbral debe aplicarse.

11. Con respecto al segundo supuesto al que ha hecho referencia, el Relator Especial presupone que no hay excepciones a las inmunidades en las causas por delitos a los que se aplica el derecho internacional. Hace suya la observación del Sr. Dugard en el sentido de que varía

mucho la gravedad de los delitos y que la Comisión debe examinar detenidamente las distintas categorías de que se trata. El Relator Especial ha señalado claramente que ese asunto se examinará en la segunda parte de su informe preliminar, que se distribuirá en el próximo período de sesiones; sin embargo, también ha afirmado que el resto del informe versará sobre cuestiones de procedimiento, incluida la denegación de inmunidad. Entiende que se examinará con arreglo a los criterios establecidos en el memorando de la Secretaría. No obstante, expresa su preocupación por el hecho de que las exclusiones de la norma de inmunidad, si se incluyen en esa categoría, adquirirán una dimensión procesal, cuando en realidad son cuestiones de fondo, ya que la comisión de tales delitos excluye la inmunidad. Pide aclaraciones respecto de cómo se delimitarán esas exclusiones.

12. Considera que no debe concederse inmunidad en los casos más graves de crímenes que afecten a toda la comunidad internacional, por varias razones: el carácter de *jus cogens* de las normas de que se trata, a las que se refirió el magistrado Al-Khasawneh en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica); la necesidad de proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto (a la que se hace referencia en las publicaciones del profesor Bianchi y otros), o porque no son funciones del Estado (como en la causa *Pinochet*). Aunque se ha invocado con frecuencia el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Comisión también debe tener en cuenta las resoluciones dictadas en otras causas, por ejemplo la causa *Pinochet* y determinadas causas conocidas por la Audiencia Nacional española²³⁸. Cabe destacar, sin embargo, la sentencia relativa a la solicitud de la República de Croacia de revisión de la decisión de la Sala II del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de julio de 1997, del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, a que se hace referencia en la nota de pie de página 148 del memorando de la Secretaría, ya que emitió un fallo diferente. Con arreglo al párrafo 41 de esa sentencia, las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción nacional o internacional, aunque hayan perpetrado esos crímenes en el desempeño de funciones oficiales. Por tanto, si bien esa sentencia es bastante categórica al respecto, sigue habiendo divergencia de opiniones en los distintos tribunales.

13. El Sr. Dugard también ha planteado una cuestión importante al referirse a la situación que se creará cada vez más frecuentemente como consecuencia de la aplicación del principio de complementariedad en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A medida que los Estados incorporen el Estatuto de Roma en su legislación nacional deberán entregar a la Corte para su enjuiciamiento a personas que hayan cometido delitos muy graves, sin posibilidades de inmunidad. Teniendo en cuenta que seguramente esos Estados no desean crear disparidades entre los tribunales nacionales y los internacionales con respecto a la cuestión de la inmunidad, es probable que se plantee ese problema claramente.

²³⁸ Juzgado Central de Instrucción n.º 4, Audiencia Nacional, Sumario 3/2.008--D.

14. Por lo que respecta a las cuestiones que, a su juicio, se han pasado en cierto modo por alto en el informe, cree que debería haberse hecho más hincapié en la dimensión temporal, que está presente en todos los aspectos del tema y requiere un estudio más a fondo. Por ejemplo ¿puede enjuiciarse a un funcionario del Estado por actos cometidos antes de tener esa condición? ¿En qué medida puede exigirse responsabilidades a los funcionarios por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones cuando han dejado de desempeñar el cargo?

15. En conclusión, dice que las decisiones de la Comisión relativas a este tema son importantes debido a la evolución del mismo. La decisión adoptada en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* ha impedido que se realicen juicios análogos en muchos tribunales nacionales. En la legislación de varios países en que se reconocen posibilidades bastantes amplias de jurisdicción universal se regula la cuestión de las inmunidades haciendo referencia simplemente al «derecho internacional». Por desgracia, muy pocas veces se indica qué normas del derecho internacional son aplicables. Por ejemplo, la Ley orgánica del poder judicial española —una de las más progresistas en la materia— reconoce la jurisdicción, excepto en las situaciones en que las normas del derecho internacional público determinen la inmunidad²³⁹. En consecuencia, la Audiencia Nacional declaró que no tenía jurisdicción sobre Paul Kagame, Jefe del Estado y Jefe de las Fuerzas Armadas de Rwanda, porque gozaba de inmunidad en virtud del derecho internacional. Por tanto, las decisiones de la Comisión tienen influencia, y el establecimiento de normas claras tendrá un efecto importante.

16. El Sr. McRAE felicita al Relator Especial por el profundo análisis contenido en su informe preliminar, que demuestra la amplia investigación llevada a cabo sobre un tema difícil. El cuidadoso examen de las fuentes, de la relación que existe entre inmunidad y jurisdicción y de la naturaleza de la inmunidad sirve de excelente base para la labor de la Comisión, y las conclusiones que figuran en el párrafo 102 son pertinentes. También debe felicitarse a la Secretaría por su estudio detallado y amplio del tema.

17. La Comisión debe examinar más a fondo algunas cuestiones importantes que se plantean en el informe, la primera de las cuales hace referencia a la naturaleza de su actividad. ¿Debe la Comisión tratar de determinar la situación del derecho internacional consuetudinario y codificarlo, tal vez con un cierto grado de desarrollo progresivo, o emprender más decididamente un desarrollo progresivo a fin de adaptar la inmunidad de los funcionarios del Estado a la sociedad contemporánea? El Relator Especial parece ser partidario del primer enfoque, mientras que algunos miembros de la Comisión parecen preferir el segundo. Por su parte, considera que el desarrollo progresivo está indicado en algunas esferas, pero no en otras.

18. La adopción de uno u otro criterio tendrá una influencia decisiva en varias esferas. En primer lugar, es difícil determinar la categoría de funcionarios que

tienen derecho a plena inmunidad tanto a título personal como en el desempeño de funciones oficiales, si bien, de acuerdo con la legislación vigente, probablemente se limite a las personas que desempeñan funciones de alto nivel, a saber, por lo menos los jefes de Estado, los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores. Si el fundamento de la inmunidad es que los funcionarios puedan desarrollar las actividades del Estado sin la amenaza de enjuiciamiento, ese triunvirato no representa una lista precisa ni suficiente de las personas que de hecho desarrollan actividades de ese tipo. En algunos países, el jefe del Estado sólo desempeña funciones meramente simbólicas y los ministros de relaciones exteriores no tienen ya el monopolio de las relaciones exteriores. Muchos ministros de sectores como el medio ambiente, el comercio, la salud y la defensa representan a sus países en el plano internacional. Sería difícil establecer distinciones sobre la base de que la representación de su país es parte inseparable de sus funciones; la práctica variará de un país a otro.

19. Si la inmunidad de jurisdicción es fundamental para el desempeño adecuado de las funciones de relaciones internacionales del Estado, ¿por qué razón las personas a cargo de las cuales está gran parte de las relaciones exteriores de un Estado carecen de la misma protección que el triunvirato? El reconocimiento de cómo funcionan los Estados en la actualidad tendería a no limitar el número de personas con derecho a inmunidad a esas tres. Pero cabe preguntarse si incumbe realmente a la Comisión la tarea de ampliar la institución de la inmunidad, especialmente las amplias inmunidades respecto del desempeño de actividades tanto a título personal como oficial.

20. Lo que antecede lleva al segundo interrogante: ¿qué razón justifica la concesión a esos funcionarios de inmunidad de enjuiciamiento por los actos realizados a título personal? Es cierto que a menudo es imposible distinguir lo personal de lo público, pero en algunos casos la separación sigue siendo posible. ¿Puede seguir justificándose de algún modo la inmunidad de jurisdicción penal por actos de violencia personal o sexual? Teniendo en cuenta que los funcionarios subalternos que sólo tienen inmunidad funcional están sujetos a enjuiciamiento penal, ¿por qué razón los altos funcionarios no han de tener la misma inmunidad funcional? ¿La posibilidad de enjuiciamiento obstaculizará gravemente el desempeño de sus funciones estatales? No hay duda de que sería difícil justificar la continuación de esa inmunidad después de la separación del servicio del funcionario.

21. La exclusión de la inmunidad de los jefes de Estado, los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores por los actos realizados a título personal puede representar un desarrollo mucho más progresivo de lo que los Estados están dispuestos a aceptar; sin embargo, si se desea que la inmunidad de los funcionarios del Estado esté más en sintonía con las expectativas actuales de comportamiento, entonces es una medida que ha de contemplarse. Como mínimo, la Comisión no debe ampliar la lista bastante anacrónica de los funcionarios que gozan de inmunidad personal y oficial absoluta a otras categorías de funcionarios por los actos realizados a título personal, a menos que haya razones claras para hacerlo en virtud del derecho internacional consuetudinario. Si ha de

²³⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio 1985, del Poder Judicial, España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 157, de 2 de julio de 1985, pág. 20632; www.boe.es.

ampliarse el número de funcionarios que gozan de inmunidad, la Comisión debe considerar algo menos que la inmunidad plena. Está de acuerdo con las observaciones de la Sra. Escarameia sobre los problemas que plantea la inmunidad funcional y la necesidad de una definición de la misma.

22. Queda por ver cómo abordará el Relator Especial la cuestión de las excepciones a la inmunidad. En los debates celebrados hasta la fecha, parecen haberse delineado dos posiciones casi diametralmente opuestas: la inmunidad sin excepciones y la inmunidad que se retirará en caso de enjuiciamiento por determinados delitos internacionales. Si opta por esta última posición, la Comisión se apartará de la decisión de la CIJ en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Sería un acto de desarrollo progresivo —y, para ser franco, tan inaceptable para algunos Estados como la norma de la inmunidad sin excepciones lo sería para otros—.

23. A la luz de esas dos posiciones aparentemente opuestas, merece la pena examinar la naturaleza exacta del tema. Como ha señalado claramente el Relator Especial, el tema se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado en procesos ante los tribunales de un Estado extranjero y no a la inmunidad de jurisdicción penal internacional ni de jurisdicción en procesos ante los tribunales de los respectivos Estados de los funcionarios. Sin embargo, no es posible separar completamente las distintas formas de inmunidad. La razón para afirmar que puede estar justificado el enjuiciamiento por delitos internacionales ante los tribunales nacionales es que no existe aún una jurisdicción penal internacional adecuada. El enjuiciamiento ante los tribunales de un Estado extranjero es lo que podría calificarse de segunda mejor solución posible. Es necesario a falta de una jurisdicción penal internacional plenamente operativa. Ahora bien, la perspectiva de que las autoridades judiciales de un Estado puedan incoar un procedimiento por presuntos delitos internacionales contra altos funcionarios de cualquier otro Estado no es muy tranquilizadora.

24. Por tanto, si la «mejor» solución para enjuiciar los delitos internacionales es la jurisdicción penal internacional, el Relator Especial tal vez desee considerar cómo podrían estructurarse las excepciones a las inmunidades, de haberlas, en apoyo de la jurisdicción penal internacional. Una posibilidad podría ser que si un Estado acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sus funcionarios puedan gozar de plena inmunidad de jurisdicción penal ante tribunales extranjeros, mientras que si no la acepta sus funcionarios no serán inmunes a esa jurisdicción en caso de haber cometido delitos internacionales. Tal vez deban tenerse más en cuenta también las circunstancias en las que surgió la inmunidad de jurisdicción penal. Por ejemplo, si el Estado de un funcionario que está siendo procesado desea afirmar la inmunidad de éste en relación con un delito internacional, tal vez tenga que hacerlo de una manera más firme y directa.

25. Las anteriores son sólo algunas sugerencias sobre la vía intermedia que el Relator Especial podría adoptar entre los dos extremos de la inmunidad sin excepciones y las excepciones en caso de delitos internacionales, porque ninguna de esas posiciones absolutas es probable

que goce de aceptación universal por los Estados, lo cual vuelve a plantear la cuestión básica de si incumbe a la Comisión una labor de desarrollo progresivo o simplemente debe tratar de codificar el derecho internacional consuetudinario vigente.

26. El Sr. MELESCANU da las gracias al Relator Especial por su excelente informe preliminar sobre un tema cuya inclusión en el programa de trabajo de la Comisión ha apoyado personalmente. También encomia el memorando de la Secretaría, que es un excelente compendio de información sobre un tema de importancia práctica y de gran interés intelectual y teórico.

27. Aunque el Relator Especial considera que su informe se divide en dos partes, personalmente opina que consta de tres secciones. El objetivo de la primera es exponer la historia del estudio realizada por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional sobre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, con el fin de esclarecerlo a la luz del desarrollo del derecho internacional público. Está de acuerdo con el Sr. McRae en que la Comisión no debe hacer demasiado hincapié en la codificación del derecho consuetudinario, sino más bien en el desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema. Aunque todos los miembros en principio están de acuerdo con ese criterio, cuando llega el momento de ponerlo en práctica lamentablemente resulta muy difícil llegar a un consenso acerca de lo que es realmente el desarrollo progresivo y qué orientación debe tener.

28. Opina que la Comisión debe adoptar una actitud audaz e innovadora en relación con la institución de la inmunidad. Ahora bien, no resultará fácil debido a la tendencia general a establecer paralelismos y utilizar conceptos y normas propios de la inmunidad diplomática y consular, una institución que ha sido reconocida por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963. Ese planteamiento comporta varios peligros. En primer lugar, dicha institución está ampliamente reconocida en el derecho consuetudinario y codificada de manera exhaustiva en dichas convenciones. En segundo lugar, no puede establecerse realmente un paralelismo, ya que la inmunidad diplomática y la inmunidad de los funcionarios del Estado no son enteramente comparables.

29. La primera parte del informe, sobre todo los párrafos 1 a 26, han sido redactados de manera sumamente inteligente. No obstante, aunque ofrece al Relator Especial una base equilibrada y objetiva para desarrollar el tema, hay una contradicción difícil de resolver en las palabras «[t]odo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren, sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional» (artículo 2 del proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados preparado por la Comisión en su primer período de sesiones, en 1949²⁴⁰) y «[e]l hecho de

²⁴⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 287; el proyecto fue anexo a la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949. Véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed. (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6), vol. I, pág. 278.

que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código» (artículo 3 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954²⁴¹). Esas dos citas, que figuran en los párrafos 7 y 9 del informe, respectivamente, también establecen algunos parámetros para las actividades de la Comisión.

30. La segunda parte del informe sobre cuestiones preliminares, contenida en los párrafos 27 a 102, presenta una exposición detallada de las fuentes jurídicas de la inmunidad, en otras palabras, los tratados internacionales y el derecho internacional consuetudinario —que el Relator Especial considera acertadamente la fuente básica del derecho internacional, en general, y de las normas sobre inmunidad, en particular— y la cortesía internacional, un tema interesante, pero que, a su juicio, no debe ser codificado por la Comisión. Hace suya la opinión del Relator Especial y la Sra. Escameia sobre la importancia de otras fuentes, como la práctica de los Estados, las decisiones de los tribunales penales internacionales y la documentación de la Comisión y del Instituto de Derecho Internacional. Será fundamental definir el término «jurisdicción» y, al hacerlo, poner de relieve que la Comisión se ocupa únicamente de la inmunidad de jurisdicción penal, del carácter procesal de esa inmunidad y de la diferencia entre la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*, aunque tal vez sea prematuro abordar una cuestión tan delicada.

31. El aspecto más destacado es el alcance del tema, sobre el que desea hacer algunas observaciones preliminares. En primer lugar, desea observar que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una institución reconocida por el derecho internacional público, aunque se ha codificado pensando sobre todo en los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares. Las bases actuales de esa institución fueron sentadas por Vattel en el siglo XVIII, con su teoría de la necesidad funcional de que un representante diplomático no podrá ejercer libremente sus funciones si no está protegido por una inmunidad de ese tipo²⁴². Ese fundamento se aplica cada vez más en el mundo contemporáneo a las actividades de los jefes de Estado y de gobierno. Considerando al menos lo que ocurre en Europa, sus frecuentes incursiones en la diplomacia *ad hoc* indican que deberían gozar de la misma protección que los diplomáticos profesionales. Por tanto, el principio de la necesidad funcional parece constituir el criterio objetivo fundamental en el que basar un examen más detallado del tema.

32. La expresión «funcionarios del Estado» comprende dos categorías de personas. La primera, los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares, está bastante bien definida por normas muy claras del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de

1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Aunque la Comisión podría basarse en esa fuente, sería conveniente dejar de lado esa categoría, ya que puede crear dificultades. En cualquier caso, los Estados disponen de medios para afrontar el caso de un diplomático que se extralimite en el ejercicio de sus funciones declarándolo *persona non grata* o rechazando su acreditación.

33. La segunda categoría bien definida es la de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Entre otras cosas, del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 se desprende claramente que la triada de altos funcionarios del Estado no tiene por qué disponer de plenos poderes para contraer un compromiso en nombre de su país. Además, muchos países, incluso el suyo propio, han elaborado leyes de ámbito nacional sobre esa cuestión y, por lo que él sabe, en casi todas esas leyes se establece claramente que el jefe del Estado, el jefe del gobierno y el ministro de relaciones exteriores no necesitan tener plenos poderes para firmar tratados internacionales o contraer un compromiso en nombre de su país.

34. En consecuencia, sería más prudente dejar de lado esa categoría y concentrarse en una tercera categoría «abierta», en la que pudieran incluirse otros tipos de oficiales, empezando por los ministros de defensa. Ahora bien, el primer problema reside en el hecho de que las funciones de un primer viceprimer ministro o de viceministros y secretarios de Estado no son idénticas en todos los Estados. La única solución será aplicar el principio de la necesidad funcional. Si pudieran establecerse criterios claros para aplicar ese principio a los miembros del gobierno, entonces sería posible determinar el alcance de la expresión «funcionario del Estado».

35. El segundo problema consiste en determinar si sólo puede calificarse de funcionarios del Estado a los miembros del poder ejecutivo; casi todos los oradores han mencionado la posibilidad de ampliar el alcance de esa expresión para incluir en ella a otros ministros, por ejemplo el Primer Viceprimer Ministro de la Federación de Rusia, que también tiene amplios poderes. Además, el término «Estado» comprende en muchas convenciones el poder ejecutivo, el poder legislativo y poder judicial. ¿Debe hacerse extensiva la inmunidad funcional, entre otros, a los presidentes de los parlamentos? En Portugal y Rumania, por ejemplo, los Presidentes del Parlamento y el Senado, respectivamente, son los sustitutos del Presidente de la República, es decir, del Jefe del Estado. ¿Deben los magistrados del Tribunal Supremo gozar también de inmunidad de jurisdicción penal extranjera? Todos esos interrogantes requieren un examen detenido.

36. Una tercera cuestión que necesita aclaraciones es la relación entre el gobierno central y otros niveles de gobierno. Al mismo tiempo que es totalmente aceptable que los miembros del poder ejecutivo a partir de cierto nivel, o que desempeñen determinadas funciones, gocen de inmunidad, ¿cuál es la posición con respecto a las federaciones o los países como Rumania, donde los presidentes de las regiones tienen más poder que los ministros? ¿Cuál es la posición con respecto a los miembros de los gobiernos locales?

²⁴¹ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, pág. 152. Véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra* (nota *supra*), pág. 283.

²⁴² E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. II, libro IV, cap. VII.

37. A su juicio, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores deben gozar de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, siempre que el Estado de que se trate sea Miembro de las Naciones Unidas o haya sido reconocido por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Los miembros de determinadas entidades que, por una u otra razón, no hayan sido reconocidas por otros Estados y que se denominen a sí mismos «primer ministro» o «presidente», no deben gozar de esa inmunidad.

38. En cuanto a las excepciones y las limitaciones a la inmunidad, es evidente que hay dos formas de enfocar la cuestión. Aunque la mayoría es partidaria de la codificación del tema, está de acuerdo con el Sr. McRae en que una codificación sin un desarrollo progresivo sustancial no permitirá adaptar debidamente la institución de la inmunidad a la realidad actual. Lo mejor será codificar esa institución, al mismo tiempo que se prevén muchas excepciones para evitar que pueda decirse que la Comisión está tratando de establecer la impunidad absoluta de los altos funcionarios del Estado. Es un peligro que no debe subestimarse.

39. La primera limitación importante es temporal. Si se adopta el principio básico de la inmunidad funcional, ésta se aplicará mientras las personas de que se trate estén en posesión de su cargo. Una vez separadas del servicio será difícil justificar el mantenimiento de su inmunidad. La segunda limitación es sustantiva: la inmunidad es inaceptable en casos de delitos como la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y de lesa humanidad.

40. En tercer lugar, acepta la limitación propuesta por el Relator Especial en el párrafo 130 de su informe, en el sentido que los funcionarios del Estado deben gozar de inmunidad de la jurisdicción internacional, pero no respecto de la jurisdicción civil de otro Estado, ni de la jurisdicción de los tribunales internacionales o la del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario.

41. Si la Comisión conviene en adoptar un criterio que suponga la codificación y el desarrollo progresivo del tema, centrándose en las dos cuestiones de determinar qué oficiales deben gozar de inmunidad y qué limitaciones expresas deben establecerse, no hay duda de que se podrá avanzar en los trabajos. Por tanto, espera con interés la segunda parte del informe preliminar sobre el tema.

42. El Sr. BROWNLIE acoge con satisfacción el informe preliminar del Relator Especial y el memorando de la Secretaría sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El nivel de ambos documentos preparatorios es sumamente alto.

43. Uno de los problemas que se plantea en relación con el tema es la abundancia de la documentación y la diversidad de opiniones, entre otras cosas, sobre política. A modo de introducción, desea reiterar una opinión ya expresada sobre la política de desarrollo progresivo. Como es bien sabido, el mandato de la Comisión alienta al desarrollo progresivo del derecho internacional y no se limita simplemente a los procesos ordinarios de codificación. Pero se plantea el interrogante de

cuál será el destino de la práctica si se adopta una política de desarrollo progresivo. ¿Qué servirá de práctica? ¿Existe un conjunto de prácticas que pueda calificarse de *lex ferenda*, pero que a pesar de todo tenga cierta solidez? Hace muchos años, en el contexto del derecho del mar, Manfred Lachs ideó el útil concepto de principios emergentes del derecho internacional general²⁴³. La cuestión de la práctica es especialmente importante en el contexto del tema que se examina, acerca del cual hay opiniones bastante contrapuestas. Si la Comisión está considerando la posibilidad de ampliar la inmunidad y desea aplicar un criterio liberal al respecto, debe evitar el peligro de reducir el debate a una cuestión de política o moral. En caso contrario, incumbirá a la Comisión la poco envidiable tarea de decidir si simplemente debe echarse por la borda el amplísimo conjunto de prácticas existente.

44. Una cuestión decisiva, de la que el Relator Especial sin duda se ocupará en su próximo informe, pero que ya se ha apuntado, es la de la ley aplicable. Gran parte de las publicaciones constituye una mezcla curiosa de disquisición sobre los delitos internacional, por un lado, y la distinción entre inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae*, por el otro. En la causa *Pinochet*, en la que él participó como asesor letrado de los dos grupos especiales constituidos para ella, la ley aplicable fue el derecho internacional público plasmado en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Hubo de adoptar esa forma concreta por diversas razones, que no sólo se refieren a los delitos contemplados, sino también a la conciliación de las atribuciones del tribunal con la situación de la legislación interna británica entonces vigente. Esa Convención ya se ha incorporado en la legislación nacional, si bien únicamente con determinados efectos futuros. No obstante, teniendo en cuenta que la norma aplicada fue el derecho internacional, no se planteó la cuestión de saber si la tortura era o no una función del Estado: no lo era, ya que toda función del Estado ha de ser conforme con el derecho internacional.

45. Ese enfoque significa que, en relación con un delito internacional, la referencia será el derecho internacional y no habrá inmunidad. La cuestión fundamental que se planteó a los grupos especiales primero y segundo fue la de si la comunidad internacional, cuando aprueba instrumentos como la Convención contra la Tortura, mantiene la inmunidad de los oficiales del Estado de alto rango, que son precisamente quienes más probablemente se encargarían en circunstancias normales de organizar las actividades conducentes a los delitos. Ese argumento tuvo mucho peso en la Cámara de los Lores. Era un argumento sencillo, que desembocó en la pregunta de si tenía sentido una Convención contra la Tortura cuando el derecho internacional vigente concedía inmunidad a los principales candidatos a ser sometidos al derecho penal pertinente.

46. Por otra parte, especialmente en el primer grupo especial, se formularon algunas consideraciones muy inteligentes en el sentido opuesto. Lord Goff of Chieveley,

²⁴³ Véase *Plateau continental de la mer du Nord*, opinión disidente del Sr. Manfred Lachs, págs. 219 y ss. en particular págs. 225 y 226.

por ejemplo, invirtió la pregunta, en el sentido de si se estaba sugiriendo que la aprobación de la Convención contra la Tortura y otros instrumentos análogos implicaba la renuncia a la inmunidad de los jefes de Estado y otros oficiales de alto rango. ¿No se habría enunciado esa renuncia expresamente? A juicio de Lord Goff, había algo que decir desde el punto de vista de la *lex lata*. Si hubiera de hacer de abogado del diablo, tendería a decir que, al firmar y ratificar la Convención, los Estados probablemente no habían abandonado implícitamente la doctrina de la inmunidad aplicable a los altos funcionarios del Estado. Aunque el argumento de Lord Goff era digno de tenerse en cuenta, la Cámara de los Lores mantuvo la anterior opinión normativa con respecto a la Convención contra la Tortura. Sin embargo, es interesante señalar que, a partir de la causa *Pinochet*, altos tribunales de otros Estados han adoptado una serie de decisiones en las que no se ha aplicado el razonamiento empleado en esa causa.

47. La cuestión es que si se adopta la opinión general de los juristas liberales desaparecerá la inmunidad. Sería poco realista esperar que si les das la mano no se tomen el codo, es decir, que el conjunto de funcionarios del Estado que gozan de inmunidad pueda limitarse al «trío», como los calificó el Sr. Pellet. Será preciso trazar difíciles líneas de demarcación. Por ejemplo, el razonamiento aplicado a un ex jefe de Estado en las decisiones relacionadas con la causa *Pinochet*, especialmente la segunda, también debe aplicarse, a su juicio, a un jefe de Estado en ejercicio.

48. La Comisión se debate con difíciles cuestiones de política. Una que se pasó por alto en un debate por otra parte excelente es la cuestión de la igualdad. Ésta se plantea cuando la justicia penal internacional se aplica a algunos jefes de Estado, mientras que otros, contra los que hay motivos igualmente fundados para su incriminación, no son molestados. A algunos Estados que han cometido crímenes durante la represión de rebeliones se les ha aplicado el derecho penal internacional, con el respaldo del Consejo de Seguridad, mientras que otros no afrontaron esas consecuencias. La ocupación del Iraq, por ejemplo, fue validada de hecho por resoluciones del Consejo de Seguridad²⁴⁴: las Naciones Unidas llegaron incluso a crear una especie de inmunidad política en ese caso. Por tanto, si se suprime la inmunidad, algunos sufrirán las consecuencias y otros no.

49. Adoptando un tono menos dramático, considera que no incumbe a la Comisión abordar la cuestión del reconocimiento. Asimismo, la inmunidad diplomática y consular son dos categorías diferentes y no forman parte del tema que se examina. Sin embargo, las decisiones sobre asuntos relacionados con la inmunidad diplomática que por analogía son relevantes para el tema deberían utilizarse como fuente.

50. Por último, los intentos de enjuiciar a jefes de Estado y otros oficiales de alto rango están relacionados con la cuestión aún no enteramente resuelta de la

jurisdicción universal. Muchos chilenos, tanto favorables como contrarios a Pinochet, opinaron que el Jefe del Estado debía ser juzgado no en España sino en Chile, algo que puede considerarse de interés nacional razonable habida cuenta del tipo de causa de que se trataba. Ese tipo de cuestiones no forman parte del programa actual de la Comisión, pero estuvieron latentes en el examen de la difícil decisión de hasta qué punto debe reconocerse la inmunidad de los altos funcionarios del Estado.

51. El Sr. PETRIČ dice que no está seguro de que pueda afirmarse categóricamente que la Comisión no debe ocuparse del problema del reconocimiento en el contexto específico del tema. Es cierto que sería absurdo examinar los efectos del reconocimiento en general. Sin embargo, como ha señalado el Sr. Melescanu, se plantea la cuestión de la inmunidad cuando una mayoría de Estados reconoce al Estado de que se trate. Cuarenta y tres países han reconocido a Kosovo —no la mayoría de los países del mundo, pero sí la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Cuando el Presidente de Kosovo visitó Eslovenia, que había reconocido al país, hubo que respetar su inmunidad—. En las relaciones entre dos Estados que se han reconocido mutuamente, debe respetarse la inmunidad de los funcionarios del Estado.

52. El Sr. DUGARD observa que el Sr. Brownlie se ha referido a la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*, y declara que la Comisión no debe adoptar una actitud excesivamente audaz en relación con el desarrollo progresivo del derecho. En la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ reconoció que no existía ninguna práctica estatal. Argumentó que, por el hecho de ser una función de todo ministro de relaciones exteriores el realizar viajes y desarrollar actividades en nombre del Estado, debe haber inmunidad. Se trataba, según declaró la Corte, de una norma de derecho internacional consuetudinario y, por tanto, parecía que podía prescindirse de los requisitos de *usus* y *opinio juris*. Pregunta al Sr. Brownlie, a lo que el Relator Especial también tendrá que contestar, qué debe hacer la Comisión si desea ampliar el «trío» para incluir a otros ministros, en particular el de defensa. ¿Debe seguir el razonamiento de la necesidad funcional, como hizo la Corte en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, o establecer que no hay *usus* sobre el tema y, por tanto, olvidarse del asunto?

53. El Sr. BROWNLIE reconoce que se trata de una cuestión difícil. Al señalar los peligros de entrar en las tierras movedizas de *lex ferenda* estaba indicando que a menudo existe una práctica no consolidada, es decir expresiones de política por parte de responsables de la adopción de decisiones, que podría incluirse en el debate. Por tanto, hay una vía intermedia entre las declaraciones normativas propiamente dichas y esferas en las que existe amplia práctica de los Estados. El ejemplo puesto por el Sr. Dugard es plenamente válido, pero no muy útil, ya que la CIJ tiene la prerrogativa bastante excepcional de crear derecho internacional general basado en decisiones judiciales. En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no se dice prácticamente nada de los principios de delimitación, salvo que deben ser equitativos. Una serie de decisiones de la Corte, fundamentalmente a partir de las causas *Délimitation de la frontière maritime dans la*

²⁴⁴ Véanse, entre otras, las resoluciones del Consejo de Seguridad 1483 (2003), de 22 de mayo de 2003; 1546 (2004), de 8 de junio de 2004; 1557 (2004), de 12 de agosto de 2004; 1619 (2005), de 11 de agosto de 2005; 1637 (2005), de 8 de noviembre de 2005; 1723 (2006), de 28 de noviembre de 2006, y 1762 (2007), de 29 de junio de 2007.

région du golfe du Maine (Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine) y *Plateau continental* (Plataforma continental) (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), han acabado constituyendo un conjunto de normas de derecho internacional general que aplican las cortes de arbitraje a las causas relativas a la delimitación marítima. En la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Corte hubo de llenar un vacío y, por el hecho de ser la Corte Internacional de Justicia, tenía la prerrogativa —además del deber— no sólo de aplicar sino también de crear normas jurídicas. La Comisión no puede generar derecho internacional, pero puede adoptar algunas decisiones bien fundadas basadas en debates sobre política bien documentados. En otras palabras, ha de hallar una vía intermedia entre un debate sobre moral y política puramente abstracto y la *lex lata*.

54. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial), respondiendo a las observaciones del Sr. Brownlie, dice que, aunque no participó en las deliberaciones de la Corte previas a su decisión en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, cree que la Corte tuvo motivos suficientes para llegar a la conclusión de que los ministros de relaciones exteriores gozaban de inmunidad en virtud del derecho internacional consuetudinario, o *lex lata*. En su informe indica (párr. 109) que, en los debates celebrados en la Comisión sobre los textos que se convirtieron después en el proyecto de artículos sobre las misiones especiales²⁴⁵, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales²⁴⁶ y sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas²⁴⁷, se planteó la cuestión del estatuto especial de determinadas categorías de personas en virtud del derecho internacional, a saber, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y, si no está equivocado, los ministros de relaciones exteriores. En los debates celebrados tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión de la Asamblea General se ha reconocido que el trío goza de un estatuto especial en virtud del derecho internacional. Supone que el debate ofreció a la Corte razones para considerar la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores una norma del derecho internacional consuetudinario. La Corte consideró la inmunidad del trío una regla, una norma de derecho internacional, y, con toda probabilidad, no consideró necesario allegar pruebas adicionales al respecto. Sin embargo, declaró que lo que debía demostrarse no era la existencia de esa norma, sino la existencia de excepciones a la misma.

55. El Sr. Dugard considera que la resolución dictada en la causa *General Shaul Mofaz* por un tribunal de distrito del Reino Unido es una decisión de menor importancia, que no puede compararse con una decisión de la Alta Corte o de la *Cour de Cassation*. Sin embargo, la posición de los Estados en esa causa concreta también fue expresa; se plantearon en ella las cuestiones de la práctica del Estado y la *opinio juris*, ya que se refería a un ministro de defensa. Por tanto, no se trató únicamente de la decisión de un tribunal de distrito.

²⁴⁵ Véase la nota 226 *supra*.

²⁴⁶ Véase la nota 228 *supra*.

²⁴⁷ Véase la nota 229 *supra*.

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)²⁴⁸ (A/CN.4/588, secc. F, A/CN.4/599²⁴⁹, A/CN.4/603²⁵⁰)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

56. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su tercer informe sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), que figura en el documento A/CN.4/603.

57. El Sr. GALICKI (Relator Especial), presentando su tercer informe sobre el tema, dice que el informe es una continuación del proceso iniciado en sus informes anteriores de formular preguntas a los gobiernos y a los miembros de la Comisión sobre los principales aspectos del tema, la principal de las cuales es si existe la obligación *aut dedere aut judicare* como norma de derecho internacional consuetudinario.

58. Su tercer informe consta de una introducción y tres capítulos. El capítulo I (párrs. 3 a 109), que pretende ser un complemento del segundo informe, versa sobre el principal asunto objeto de debate, ya que está firmemente convencido de la necesidad de seguir estudiando los principales problemas de fondo que se plantearon en su segundo informe²⁵¹. Por lo tanto, el capítulo se divide en tres secciones, que versan, respectivamente, sobre el examen del tema realizado en el 59.º período de sesiones de la Comisión (párrs. 7 a 53), las observaciones y la información recibidas de los gobiernos sobre cuestiones de especial interés para la Comisión (párrs. 54 a 93), y los debates sobre el tema celebrados en la Sexta Comisión durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General (párrs. 94 a 109). La presentación de los asuntos examinados en las secciones segunda y tercera varía de acuerdo con la naturaleza de la información suministrada por los gobiernos.

59. La sección B (párrs. 54 a 93) versa sobre las observaciones y la información recibidas de los gobiernos en respuesta a las preguntas a ellos dirigidas en su informe preliminar y reiteradas en su segundo informe. Se ha pedido a los gobiernos que enumeren los tratados internacionales a cuyo cumplimiento están obligados, las normas jurídicas de su legislación nacional y la práctica judicial que reflejen la aplicación de la obligación *aut dedere aut judicare* y el principio de la jurisdicción universal, así como los crímenes o delitos a los que se aplican esa obligación y el principio de la jurisdicción universal en virtud de su legislación y la práctica.

60. En su informe sobre la labor desarrollada en su 59.º período de sesiones, la Comisión pidió a los

²⁴⁸ Véase una reseña sobre los trabajos de la Comisión sobre el tema en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), cap. XI. El informe preliminar del Relator Especial figura en *ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, y el segundo informe en *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585.

²⁴⁹ Reproducido en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

²⁵⁰ *Ídem*.

²⁵¹ Para el estudio del segundo informe por la Comisión, véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 347 a 368.

gobiernos que proporcionaran información adicional concreta sobre las siguientes cuestiones: a) si el Estado está facultado, de conformidad con su derecho interno, para extraditar personas en supuestos no previstos por un tratado o para extraditar personas de su propia nacionalidad; b) si el Estado está facultado para ejercer jurisdicción sobre delitos ocurridos en otros Estados en los que no está implicado un nacional suyo, y c) si el Estado considera la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de derecho internacional consuetudinario y, en caso afirmativo, ¿en qué medida?²⁵²

61. Lamentablemente, sólo 20 gobiernos han enviado observaciones e información por escrito²⁵³ en respuesta a las preguntas formuladas en sus informes anteriores y por la Comisión. No figuran en su informe actual las observaciones y la información adicionales recibidas con posterioridad a la ultimación del mismo, incluida una segunda serie de observaciones del Gobierno de Chile y observaciones de la Federación de Rusia, Guatemala, Mauricio y los Países Bajos, todas las cuales están contenidas en el documento A/CN.4/599. Aunque tendrá en cuenta esas observaciones y esa información en su próximo informe, no excluye la posibilidad de examinarlas durante el debate actual. Aún así, el volumen total de las observaciones y la información recibidas sigue siendo insuficiente para que la Comisión pueda llegar a conclusiones claras y autorizadas. Por tanto, considera que debe reiterar su petición a los gobiernos de que respondan a las preguntas contenidas en sus informes preliminar y segundo, y también a cualesquiera preguntas adicionales que la Comisión pueda formular durante el actual período de sesiones.

62. En la sección C (párrs. 94 a 109) se ha adoptado un método distinto de presentación, que se ajusta al de los párrafos 161 a 173 del resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión celebrados durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General sobre el informe de la Comisión relativo a la labor desarrollada en su 59.º período de sesiones (A/CN.4/588, secc. F). El examen de esos debates en ocho subepígrafos ha permitido ofrecer una presentación más clara de las opiniones de los gobiernos.

63. El capítulo II del informe (párrs. 110 a 125) se dedica a la continuación de la principal tarea del proceso de codificación respecto del tema que se examina, a saber, la formulación de proyectos de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Ese proceso se inició en el anterior período de sesiones, en el que propuso un proyecto de artículo 1 sobre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, que se reproduce en el párrafo 20 del tercer informe y ha sido por lo general bien recibido por los miembros de la Comisión y los delegados de la Sexta Comisión, a pesar de algunas propuestas de mejora, que se consignan en los párrafos 52 y 108 del informe.

64. Sobre la base de las opiniones expresadas en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, está dispuesto a eliminar del texto propuesto para el proyecto de artículo 1 el

adjetivo «alternativa», después de «obligación», aunque, como se indica en la nota de pie de página del párrafo 49 del informe, ese adjetivo se ha utilizado en la definición de la obligación de extraditar o juzgar que da la doctrina.

65. Otro elemento controvertido del proyecto de artículo 1 ha sido la enumeración de las fases de formulación y aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, a saber, «la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos». Está dispuesto a examinar más a fondo la posibilidad de eliminar totalmente esa enumeración o reemplazarla por otra fórmula, por ejemplo «formulación y aplicación».

66. Por último, la frase «personas bajo su jurisdicción» también ha recibido algunas críticas. Se han formulado propuestas para sustituir esa frase por otra, por ejemplo «personas que se encuentren en el territorio del Estado de detención» o «personas que se encuentren bajo el control del Estado de detención». Aparentemente es necesario seguir debatiendo esa cuestión, aunque personalmente prefiere que se conserve su formulación original.

67. Teniendo en cuenta los comentarios formulados por los miembros de la Comisión y los delegados en la Sexta Comisión, así como las opiniones de los gobiernos, desea en esa etapa mantener abierto el debate y proponer una versión alternativa del proyecto del artículo 1, que figura en el párrafo 116 del informe, y dice lo siguiente:

Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación jurídica de los Estados de extraditar o juzgar a las personas [bajo su jurisdicción] [que se encuentren en el territorio del Estado de detención] [que se encuentren bajo el control del Estado de detención].

68. Puede observarse que propone sustituir el controvertido adjetivo «alternativa», después de «obligación», por el término «jurídica», para subrayar la necesidad de que tenga un fundamento jurídico esa obligación de extraditar o juzgar y no se considere una obligación de naturaleza moral o política. Una razón adicional para ese cambio es que la idea de que la obligación es un elemento fundamental en la represión de la criminalidad o constituye un límite a la diplomacia basada en el poder si bien está justificada en cierta medida puede también que tienda a realzar la dimensión moral o política de la obligación en detrimento de su valor jurídico.

69. Tiene dudas sobre la propuesta de eliminar la enumeración de las distintas fases (creación, contenido, funcionamiento y efectos) en que puede surgir la obligación de extraditar o juzgar. Por supuesto, es posible reemplazar esos términos por una descripción más breve, por ejemplo «formulación y aplicación», pero esa sustitución podría causar dificultades cuando la Comisión formule proyectos de normas más detalladas aplicables a esas etapas. La Comisión debe pronunciarse sobre esta cuestión lo antes posible, ya que es un requisito previo para la sistematización de los proyectos de normas.

70. El proyecto de artículo 2 es imprescindible para evitar malentendidos y repeticiones innecesarias en el proceso de elaboración del proyecto de artículos. Aunque

²⁵² *Ibid.*, párrs. 31 a 33.

²⁵³ *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579.

en su segundo informe formuló algunas sugerencias que podrían requerir definiciones más precisas, su solicitud de sugerencias sobre los términos que han de definirse no mereció una respuesta entusiasta. Sin embargo, no hubo objeción a que se incorporara un artículo de ese tipo; por el contrario, los miembros se declararon partidarios de su inclusión.

71. En su segundo informe propuso los términos «extradición», «enjuiciamiento», «jurisdicción» y «personas» para su posible definición. Tal vez fuera útil incluir una definición detallada de los términos «crímenes» y «delitos», en cuanto están relacionados con el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Sigue estando convencido de que no debe adoptarse una redacción definitiva del proyecto de artículo 2 hasta que culmine la actividad de codificación, de modo que puedan añadirse gradualmente definiciones y descripciones en caso necesario.

72. Mientras tanto, propone que el proyecto de artículo 2, en su forma embrionaria que figura en el párrafo 121 del informe, sea del tenor siguiente:

Artículo 2. Términos empleados

1. A los fines del presente proyecto de artículos:

- a) se entiende por «extradición»...
- b) se entiende por «enjuiciamiento»...
- c) se entiende por «jurisdicción»...
- d) se entiende por «personas bajo jurisdicción»...

[...]

2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en el presente proyecto de artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en [otros instrumentos internacionales o] el derecho interno de cualquier Estado.

73. El Relator Especial invita a los miembros de la Comisión a que propongan otros términos que, en su opinión, deban definirse en el proyecto de artículo 2 a efectos del proyecto de artículos. La parte del párrafo 2 que figura entre corchetes se ajusta a la redacción de artículos similares de otros tratados internacionales, cuyos proyectos han sido elaborados por la Comisión. Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 únicamente hace referencia al «derecho interno de cualquier Estado», mientras que en el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004, también se hace referencia a «otros instrumentos internacionales». A su juicio, si se tiene en cuenta el gran número de tratados internacionales relacionados con la obligación *aut dedere aut judicare*, el proyecto de artículo 2 debería contener en su cláusula «sin perjuicio» una referencia a «otros instrumentos internacionales», así como al «derecho interno de cualquier Estado».

74. El proyecto de artículo 3 propuesto se refiere a los tratados como fuente de la obligación de extraditar o juzgar. Esa propuesta ya la había formulado en su segundo informe, y dado que no recibió objeciones ni en la Comisión ni en la Sexta Comisión, propone que el texto del proyecto de artículo 3 diga lo siguiente:

Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en que el Estado sea parte.

75. En general se reconoce que los tratados internacionales son una fuente de la obligación de extraditar o juzgar. El número de tratados internacionales en que se establece la obligación aumenta cada año. Aunque ese hecho en sí mismo no es justificación suficiente para la codificación de una norma consuetudinaria de carácter vinculante, el desarrollo de una práctica internacional ha demostrado que puede servir de punto de partida para la formulación de una norma consuetudinaria apropiada. A ese respecto, señala la atención una declaración doctrinal que se cita en el párrafo 125 del informe: «“Si un Estado se adhiere a numerosos tratados internacionales que contienen distintas versiones del principio *aut dedere aut judicare*, ello será un indicio claro de su voluntad de quedar vinculado por esta disposición susceptible de generalización, y de que la práctica en cuestión debe conducir al afianzamiento de este principio en el derecho consuetudinario”»²⁵⁴.

76. En el párrafo 3 del comentario al artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996²⁵⁵ se mencionan otros instrumentos, además de los tratados, en los que podrían basarse las propuestas de formulación de proyectos de normas subsiguientes. Algunas de esas cuasi reglas ya se han consignado en el párrafo 114 de su segundo informe²⁵⁶, y podrían utilizarse como directrices *sui generis* para la elaboración de otros proyectos de artículos, aunque sólo fueran aplicables a determinadas categorías de delitos.

77. El capítulo III se dedica a las conclusiones. Como ha señalado al principio de su introducción, el tercer informe está estrechamente relacionado con sus dos predecesores, y un examen de los tres informes pone de manifiesto el orden en que se han ido presentando los problemas que seguirán siendo examinados en informes posteriores. Aunque suponga algunas repeticiones, ese enfoque parece apropiado para alcanzar un resultado definitivo en la forma de un proyecto de artículos que refleje verdaderamente la realidad jurídica existente. Sin embargo, esa realidad también está cambiando, incluso en el período relativamente breve durante el que la Comisión ha trabajado sobre el tema, como puede verse en el creciente número de disposiciones legales y decisiones judiciales relativas a la obligación *aut dedere aut judicare* que han contribuido al establecimiento y desarrollo de una práctica jurídica y, por tanto, a la aceptación de nuevas normas consuetudinarias. Demostrar que existen fundamentos consuetudinarios de la obligación es la principal finalidad de la tarea de la Comisión, y en los últimos tres

²⁵⁴ C. Enache-Brown y A. Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», *McGill Law Journal*, vol. 43 (1997-1998), pág. 629.

²⁵⁵ *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 34.

²⁵⁶ *Anuario...* 2007, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585.

años parece haber aumentado el grado de aceptación de esos esfuerzos por parte de los Estados.

78. Uno de los problemas iniciales que sigue sin resolverse es la relación existente entre la obligación *aut dedere aut judicare* y el principio de la jurisdicción universal. Pocos Estados han contestado a las preguntas formuladas, entre otras partes, en el capítulo II del segundo informe, y el contenido de las pocas respuestas recibidas es tan diverso que resulta imposible extraer conclusiones definitivas. Aunque la Comisión no concede demasiada relevancia a los problemas relacionados con la jurisdicción universal, tampoco debe restársele importancia. Debe llegarse a una solución de avenencia, que dependerá en gran medida de que los Estados respondan positivamente a la solicitud formulada por la Comisión.

79. Otro problema importante aún no resuelto hace referencia a la decisión adoptada por el Relator Especial en su segundo informe de abstenerse de seguir examinando la llamada «triple opción», que implica la entrega del presunto autor de un delito a un tribunal penal internacional²⁵⁷. Si bien muchos Estados han apoyado su decisión, parece algo prematuro descartar totalmente esa opción. Algunas leyes aprobadas recientemente en la Argentina, Panamá, el Perú y el Uruguay para aplicar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también establecen la obligación *aut dedere aut judicare* en relación con la institución de la entrega, dando así la impresión de que la «triple opción» sigue en vigor y está muy vinculada a la obligación de extraditar o juzgar.

80. Como conclusión, insta a los miembros de la Comisión y a los delegados de la Sexta Comisión a que respondan a todas las preguntas y los problemas aún sin resolver planteados en su tercer informe, en el segundo y en el informe preliminar. Sus respuestas permitirán continuar y culminar la labor de formulación del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar. Como se señala en el párrafo 131 de su tercer informe, los beneficios de esa labor son cada vez más importantes para la comunidad internacional de Estados, que se enfrenta a la creciente amenaza de la delincuencia nacional e internacional.

81. El Sr. PELLET dice que ha dudado mucho antes de tomar la palabra en relación con el tercer informe del Relator Especial y que ha decidido hacerlo sólo para decir unas pocas palabras en relación con el método. Considera muy decepcionante el reducido número de cuestiones de fondo contenidas en el tercer informe sobre las que merezca la pena hacer una reflexión, ya que en él básicamente se hace una recapitulación del segundo informe, que, a su vez, se limitaba prácticamente a hacer una recapitulación del informe preliminar. En esa situación, probablemente pueda limitarse a repetir lo que dijo en el anterior período de sesiones, concretamente en la 2945.ª sesión²⁵⁸. Pero ese es precisamente el problema. A pesar de su respeto personal hacia el Relator Especial, considera que ha llegado el momento de «adoptar una posición decidida».

82. Reconoce que no es la persona más autorizada para dar lecciones sobre la virtud de la rapidez en la elaboración de un tema; pero una cosa es la lentitud y otra completamente distinta la quietud absoluta. Y, aunque está dispuesto a reconocer, sin mucho convencimiento, que en el anterior período de sesiones, celebrado al comienzo del nuevo quinquenio, el Relator Especial sintió la necesidad de partir desde cero, prácticamente *ab initio*, parece difícil defender una actitud de ese tipo en el actual período de sesiones.

83. El Relator Especial se ha quejado de la insuficiencia del número de respuestas recibidas de los gobiernos a las preguntas que tanto él como la Comisión han formulado. Desearía hacer dos observaciones al respecto. En primer lugar, la renuencia a responder o la falta de respuesta son un hecho que, aunque desagradable, indica que los Estados tal vez no estén entusiasmados con el tema o, lo que es más probable, cansados de ser constantemente bombardeados con cuestionarios a los que no pueden responder por falta de recursos adecuados. Sin embargo, no es algo nuevo: los Estados generalmente se muestran reacios a responder a los cuestionarios de la Comisión. En cualquier caso, es una realidad que debe aceptarse y que, a su juicio, es menos preocupante de lo que el Relator Especial cree.

84. El tema que se ha confiado al Relator Especial no es particularmente difícil, como señaló el Sr. Dugard en el anterior período de sesiones²⁵⁹, aunque políticamente es una cuestión delicada. Además, la práctica convencional y judicial en esa esfera no es un secreto, por lo que no es muy difícil obtener información sobre ella.

85. La segunda observación que le sugieren las expectativas del Relator Especial —por no hablar de su actitud expectante— con respecto a la asistencia que cabe esperar de los Estados es que esa expectativa no es, en el fondo, muy positiva. Tiene la impresión de que el Relator Especial se basa en el principio bien conocido del «Como soy su jefe, hago lo que me digan». En otras palabras, el Relator Especial es quien debería dar impulso, no los Estados, tal como, a su juicio, aquél equivocadamente parece esperar.

86. No hay duda de que la Comisión presta servicios a la comunidad internacional de Estados, lo cual no significa que deba esperar instrucciones y ni siquiera orientación de ellos. Una vez que se ha elegido un tema e incluido éste en el programa, incumbe a la Comisión, a iniciativa del Relator Especial y bajo la autoridad de éste, darle forma y formular propuestas, teniendo en cuenta las reacciones de los Estados, pero sin estar pendiente de cada una de sus palabras. Por esa razón se ha dividido la labor de la Comisión en dos grandes etapas. En la etapa de la primera lectura, formula propuestas, tratando de presentar proyectos de artículos pertinentes y coherentes, pero sin necesidad de estar excesivamente preocupada por la posición de los Estados en relación con cada problema. En cualquier caso, esa precaución será innecesaria dado que muchos de sus miembros están sumamente atentos a las susceptibilidades de sus Estados respectivos. En la etapa de la segunda lectura, la Comisión trata de

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.*, vol. I, 2945.ª sesión, párrs. 43 a 56.

²⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 20.

definir mejor su posición, teniendo en cuenta las críticas y las propuestas de los Estados.

87. Volviendo a las cuestiones más concretas del método, no entiende qué beneficios se derivan de hacer una recapitulación de los informes anteriores, reproduciendo resúmenes del debate sobre determinados temas en la Sexta Comisión, o resumiendo las respuestas de los Estados a las preguntas formuladas por la Comisión. Ese trabajo puede justificarse como forma de introducir otro tema, pero en sí mismo no tiene mayor interés. Todos los miembros poseen la documentación correspondiente, e incumbe al Relator Especial utilizarla en apoyo de los proyectos y artículos que propone a la Comisión.

88. Es cierto que la Comisión tiene ante sí tres proyectos de artículos. Ahora bien, con el debido respeto, el proyecto de artículo 2 sobre definiciones apenas constituye uno, ya que no contiene ninguna definición que proponer —y con razón, cabría añadir, porque indudablemente es mejor formular definiciones a medida que avanza el trabajo y surgen los problemas—. En cuanto a los proyectos de artículos 1 y 3, aunque lo que dicen no es totalmente evidente, el examen realizado en el anterior período de sesiones planteó tan pocos problemas que no hay razones para volverlos a examinar en sesión plenaria durante el actual período de sesiones.

89. Sin embargo, y para no decepcionar demasiado al Relator Especial, desea repetir sus puntos de vista de manera telegráfica. Con respecto al proyecto de artículo 1, cabe señalar, en primer lugar, que podría suprimirse la frase «la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de», ya que aporta poco al texto; en segundo lugar, no pone ninguna objeción —aunque tampoco ve ninguna ventaja— a que se especifique que la obligación de extraditar o juzgar es «jurídica», y, en tercer lugar, preferiría que a las tres frases que figuran entre corchetes se añadiera una cuarta, al menos en la versión francesa, tomada del Convenio europeo de derechos humanos, ya que es necesario precisar que la obligación de extraditar o juzgar, cuando existe, se aplica a las personas que están bajo la jurisdicción del Estado de que se trate. Sin embargo, no sabe si esa observación tiene alguna relevancia en la versión inglesa.

90. El proyecto de artículo 3, por su parte, vuelve a ser prácticamente una perogrullada. Esa obviedad debe complementarse con una referencia adicional a una norma consuetudinaria aún por determinar. ¿Qué norma consuetudinaria? *Esa es la cuestión* —pero el protagonista no es ya Hamlet, como en la sesión anterior, sino que la Comisión está esperando a Godot. Cabe esperar que, independientemente del desenlace de la obra maestra de Beckett, Godot acabe por llegar—.

91. En conclusión, dice que, si bien no le entusiasma especialmente la perspectiva de ampliar el número ya considerable de grupos de trabajo, se pregunta si, dadas las dificultades con las que ha tropezado el Relator Especial, no sería aconsejable establecer un grupo de trabajo presidido por el Relator Especial, si éste así lo desea, o por otro miembro de la Comisión. El objetivo de ese grupo consistiría en delimitar con mayor precisión las líneas generales del tema y determinar los problemas a

que da lugar, así como ofrecer una idea aproximada de las respuestas posibles a esas cuestiones. En tal caso, la Comisión tal vez pueda dejar de esperar a Godot.

Expulsión de extranjeros (continuación*) (A/CN.4/588, secc. C, A/CN.4/594)

[Tema 6 del programa]

INFORME DEL PRESIDENTE DEL GRUPO DE TRABAJO

92. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la expulsión de los extranjeros), presentando las recomendaciones del Grupo de Trabajo, dice que el Grupo de Trabajo sobre la expulsión de los extranjeros fue establecido por la Comisión, en su 2973.^a sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2008, para que examinara las cuestiones que se derivan de la expulsión de personas con nacionalidad doble o múltiple y por la desnacionalización relacionada con la expulsión. El Grupo de Trabajo celebró una reunión el 14 de julio de 2008, durante la que examinó por primera vez si el principio de no expulsión de los propios nacionales también se aplicaba a las personas de doble o múltiple nacionalidad. Aunque se expresó la opinión de que la cuestión de la expulsión de los propios nacionales quedaba fuera del ámbito del tema, los miembros del Grupo de Trabajo estimaron en general que, en relación con la expulsión, no debía hacerse ninguna distinción entre la situación de los nacionales y la de las personas con doble o múltiple nacionalidad. Tras examinar diversas formas de abordar la situación, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en el comentario al proyecto de artículo 4 (no expulsión por un Estado de sus propios nacionales) o a cualquier otra disposición pertinente debería indicarse en algún momento que, a los efectos del proyecto de artículos, el principio de la no expulsión de los propios nacionales también se aplica a las personas que han adquirido legalmente otra nacionalidad o varias nacionalidades.

93. El Grupo de Trabajo pasó después a examinar si en el proyecto de artículos debía incluirse una disposición que prohibiera la desnacionalización a efectos de la expulsión. Es una cuestión de principio determinar si un Estado puede desnacionalizar a una persona a efectos simplemente de su expulsión. Varios miembros subrayaron la dificultad de conocer las motivaciones subyacentes a una decisión de desnacionalización. Aunque el Grupo de Trabajo convino en que esa situación era poco frecuente y no debía regularse en una disposición independiente, llegó a la conclusión de que en el comentario se debería indicar que los Estados no deben utilizar la desnacionalización como medio de eludir las obligaciones que les incumben en virtud del proyecto del artículo 4.

94. El Grupo de Trabajo recomendó que el pleno tome nota de sus conclusiones sobre esas dos cuestiones y las remita al Comité de Redacción para que le sirvan de orientación cuando examine más a fondo los proyectos de artículo correspondientes. Durante sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo contó con la cooperación plena y sumamente útil del Relator Especial sobre el tema de la expulsión de extranjeros, Sr. Maurice Kamto.

* Reanudación de los trabajos de la 2973.^a sesión.

95. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea tomar nota de las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre la expulsión de los extranjeros y remitirlas al Comité de Redacción para que le sirvan de asistencia en sus deliberaciones.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2985.ª SESIÓN

Viernes 25 de julio 2008, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO

Miembros presentes: Sr. Brownlie, Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Ojo, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/596, A/CN.4/601)

[Tema 9 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que prosiga su examen del informe preliminar del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/601).

2. La Sra. JACOBSSON da las gracias al Relator Especial por su profundo y estimulante informe preliminar, al que complementa un excelente memorando de la Secretaría. Cuando el Sr. Pellet observó en una sesión anterior que el informe preliminar tal vez fuera «demasiado bueno», tal vez quisiera decir que podría resultar difícil criticarlo. Por su parte, reconoce la absoluta claridad de la lógica y el razonamiento del Relator Especial. Ahora bien, un razonamiento puede estar perfectamente construido, pero basarse en premisas erróneas. No puede estar enteramente de acuerdo con algunos de los presupuestos básicos, y tiende a compartir las opiniones expresadas por el Sr. Dugard, el Sr. Pellet, la Sra. Escarameia y otros miembros de la Comisión. Aunque en el informe se plantean varias interesantes cuestiones jurídicas y normativas, le satisface haber oído decir a la Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, cuando hizo uso de la palabra ante la Comisión (2982.ª sesión *supra*), que la inmunidad de jurisdicción penal (a diferencia de la inmunidad de jurisdicción civil) es un sector muy poco desarrollado del derecho internacional.

3. Conviene en que es importante examinar, entre otras cuestiones, las fuentes del derecho a la inmunidad, el contenido de los conceptos de inmunidad y jurisdicción, jurisdicción penal e inmunidad de jurisdicción penal, y la relación que existe entre inmunidad y jurisdicción, así como el tipo de inmunidad de los funcionarios del Estado (*ratione personae* y *ratione materiae*). Al determinar el alcance del tema, la Comisión también deberá examinar, por una parte, si los proyectos de directrices o artículos futuros deben abarcar a los funcionarios del Estado y, por la otra, el alcance de la inmunidad y la cuestión de la renuncia a la inmunidad. Como señala el Relator Especial en su informe, el derecho internacional, especialmente el derecho consuetudinario, es la fuente jurídica de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, no se puede pasar por alto la práctica de los Estados, especialmente cuando ha recibido cierto grado de reconocimiento internacional, por ejemplo al ser citada como argumento jurídico en decisiones y fallos internacionales. A ese respecto, tiene curiosidad por saber si la práctica de los Estados en regiones como América Latina ha influido, y en qué medida, en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Está de acuerdo con el Relator Especial en que la cuestión de la inmunidad es importante durante la fase instructora y también en que el estudio de la inmunidad no debe comprender la cuestión de fondo de la jurisdicción. Ahora bien, no puede eludirse totalmente esta cuestión: como observaron los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergethal en su voto particular concurrente en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «existe una compleja interrelación entre la “inmunidad” y la “jurisdicción”. La presencia o ausencia de “inmunidad” depende en cada caso concreto «no sólo del estatuto de [la persona de que se trate], sino también del tipo de jurisdicción y de sobre qué base las autoridades [...] tienen la intención de ejercerla» [párr. 3]. También comparte la opinión del Relator Especial de que la Comisión debe limitarse a examinar la inmunidad de jurisdicción penal nacional de los funcionarios del Estado en otro Estado y no debe abordarse la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia.

4. En general, el informe preliminar da lugar a dos tipos de preocupación en relación, por una parte, con los presupuestos o los objetivos expresos o tácitos del Relator Especial y, por la otra, con el lugar que los futuros proyectos de directrices o de artículos deberán ocupar en el sistema coherente de normas jurídicas que la Comisión está tratando de conformar. Además, la tensión manifiesta entre la «lucha contra la impunidad» y lo que cabría calificar de «la lucha por la inmunidad» tiene una dimensión normativa. La comunidad internacional parece haber hecho suyo el principio de que la impunidad es inaceptable como objetivo jurídico y normativo, si bien lamentablemente hay al mismo tiempo señales de que los Estados están celebrando conversaciones oficiosas para ampliar el alcance de la inmunidad.

5. La lucha contra la impunidad requiere una suavización de las normas jurídicas a fin de que pueda enjuiciarse a los autores de crímenes atroces. Toda ampliación del grupo de personas que gozan de inmunidad procesal estará en contradicción con ese objetivo. En respuesta al contraargumento de que la inmunidad no siempre significa que el autor del delito se librá de juicio porque