

anterior, y actualmente se inclinan por reafirmar más que limitar la inmunidad.

112. El Sr. BROWNLIE dice que los jueces consideran que las causas en las que se aborda la cuestión de la inmunidad de jurisdicción civil son cualitativamente diferentes de las que comportan inmunidad de jurisdicción penal. Además, causas incoadas recientemente, algunas de las cuales afectan a personas detenidas por las autoridades militares del Reino Unido en el Iraq, se han basado en el principio de no justiciabilidad. La decisión en cada causa se basa en el fondo de la cuestión, por lo que no considera que los magistrados interesados se remitan a la causa *Pinochet* de manera positiva o negativa a ese respecto.

113. La Sra. XUE dice que la Comisión reconoce claramente las importantes repercusiones que ha tenido la causa *Pinochet* en el derecho internacional, especialmente en relación con los esfuerzos internacionales encaminados a luchar contra la impunidad y la inmunidad en caso de graves crímenes internacionales. Sin embargo, al examinar las repercusiones de la causa, debe tenerse en cuenta que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es una cuestión muy diferente.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2987.ª SESIÓN

Miércoles 30 de julio de 2008, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO

Miembros presentes: Sr. Brownlie, Sr. Caflich, 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 (conclusión) (A/CN.4/596, A/CN.4/601)

[Tema 9 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

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

2. El Sr. WAKO señala que, como recordó el Relator Especial, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ha sido objeto de examen de la Comisión en varias oportunidades a propósito de diversos temas del programa. Se trata de una

cuestión que, como lo han recordado los Sres. Brownlie y Vasciannie, corre el riesgo, si no se trata en forma conveniente, de dar la impresión de que se atacan los principios de igualdad y de estado de derecho, y que existe un doble rasero que privilegia las consideraciones políticas en lo que es esencialmente una cuestión de justicia penal. Por ello es necesario no sólo tener en cuenta la situación actual del derecho internacional en esta esfera sino además estimular el desarrollo progresivo de este derecho en aras de la claridad de las normas aplicables. El orador es partidario de la opinión expresada por el Relator Especial en la primera frase del párrafo 63 de su informe preliminar, con excepción de la palabra «posiblemente»: la Comisión con toda seguridad deberá elaborar proyectos de artículos o principios rectores del tema.

3. El Relator Especial ha limitado el alcance de su informe preliminar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Cada Estado tiene el derecho de ejercer su jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y bienes que en él se encuentren, pero este derecho se ejerce sin perjuicio de las inmunidades que reconoce el derecho internacional. Como lo indica el estudio de la Secretaría, si bien el derecho internacional considera que la competencia penal es en general territorial, casi todos los sistemas de derecho interno han ampliado su aplicación a las infracciones extraterritoriales por medio del principio de la nacionalidad, del principio de protección y del principio de la competencia universal, especialmente. Es este último principio el que interesa a los fines del examen del tema porque determina la competencia en relación con la naturaleza de la infracción, que se reconoce que interesa a la comunidad internacional en su conjunto, cualesquiera que sean el *locus delicti* y la nacionalidad del autor de la infracción y de su víctima. Según *Oppenheim's International Law*, no se puede decir todavía que exista una regla general de derecho internacional positivo que otorgue a los Estados el derecho de castigar a los extranjeros que cometan crímenes de lesa humanidad, pero existen indicaciones claras de la aparición gradual de un principio de derecho internacional en tal sentido²⁷⁴. Los Estados, por lo tanto, pueden tener competencia en derecho internacional para enjuiciar a los extranjeros. Sin embargo, esta competencia se debe ejercer «sin perjuicio de las inmunidades reconocidas en derecho internacional».

4. El Sr. Wako apoya la conclusión a que llega el Relator Especial en el apartado g del párrafo 102 de su informe, en el sentido de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Se trata de un elemento importante que hay que entender porque hay quienes tienen tendencia a decir que, si los funcionarios del Estado gozan de inmunidad total y no pueden ser enjuiciados en el extranjero si cometen crímenes internacionales, se llega a la impunidad. El Sr. Wako considera que ese argumento es falso. La inmunidad de la jurisdicción de los tribunales extranjeros de que gozan los funcionarios del Estado no significa que gocen de impunidad respecto de los crímenes que puedan haber cometido. Como declaró la CIJ

²⁷⁴ *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Y. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 998.

en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, en tanto la inmunidad de jurisdicción tiene carácter procesal, la responsabilidad penal tiene carácter sustantivo [párr. 60]. Anteriormente no había actores judiciales efectivos en el mundo y el concepto de Estado-nación estaba rodeado de barreras infranqueables. Por ese motivo, ha sido necesario dotar a los tribunales nacionales de competencia universal en ciertos tipos de asuntos para completar lo que los mecanismos internacionales han establecido. Como lo reconoce el estudio de la Secretaría, en realidad el sistema internacional pasaba a depender del derecho interno para reprimir las infracciones, por lo cual había tendencia a otorgar competencia a los tribunales nacionales para conocer de crímenes internacionales o a presumir que tenían esa competencia.

5. La situación es hoy día diferente. En primer lugar, como subrayaron los tres magistrados que formularon una opinión disidente en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la preocupación en aumento de velar por que los autores de crímenes internacionales graves no queden impunes ha tenido efecto sobre las inmunidades de que gozan los altos dignatarios del Estado en el derecho consuetudinario clásico²⁷⁵. De hecho, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se prevé la inmunidad. En segundo lugar, como ha declarado el Sr. Nolte, si es necesario extraer conclusiones deben ir en el sentido de confirmar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado. La razón es que a medida que se extiende la jurisdicción penal internacional parece menos necesario luchar contra la impunidad permitiendo que terceros Estados se declaren competentes respecto de los funcionarios del Estado. Por ese motivo, el hecho de que un funcionario del Estado no esté sometido a la jurisdicción de otro Estado no significa que se tolere la impunidad. Significa simplemente que los funcionarios del Estado en cuestión responderán de sus actos ante un tribunal internacional. En una comunidad internacional marcada por la interdependencia es preferible que los funcionarios del Estado, en especial, para retomar la expresión utilizada por la Sra. Jacobsson, los «pescados grandes», sean enjuiciados por un tribunal internacional si no están al alcance de la justicia de su país. El Sr. Wako considera entonces con el Sr. Vasciannie que una manera de proceder consistiría en estipular que los funcionarios del Estado que hayan cometido crímenes internacionales deberán ser enjuiciados en su propio país o por el tribunal internacional creado con tal objeto.

6. La falta de impunidad es el objetivo, pero, en otras circunstancias, pueden intervenir otros intereses importantes como, por ejemplo, la paz y la seguridad o la reconciliación nacional. En el plano internacional y, en particular, en el caso del Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad puede, en algunas situaciones, adoptar, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, una resolución en que se pida a la Corte que, con arreglo al artículo 16 del Estatuto, no inicie una investigación ni actividades y que no continúe con las que ya se han iniciado. La Corte puede decidir si accede o no a tal solicitud. Esas solicitudes no son posibles cuando enjuicia el asunto una jurisdicción nacional, y no cabe sorprenderse

que así se hayan creado malos entendidos, que evocan los Sres. Brownlie y Vasciannie. Una decisión reciente de la Conferencia de la Unión Africana celebrada en Egipto es un buen ejemplo del tipo de temores que puede suscitar la competencia penal universal²⁷⁶.

7. La Conferencia, a la vez que reconoció que la competencia universal era un principio de derecho internacional cuyo objetivo era asegurar que los individuos que cometieran crímenes graves, como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, no quedarán en la impunidad, y que fueran sometidos a la justicia con arreglo al apartado *h* del artículo 4 del Acta Constitutiva de la Unión Africana, estimó que la utilización abusiva del principio de competencia universal era un acto que podía comprometer el derecho, el orden y la seguridad en el plano internacional. La naturaleza política y el uso abusivo del principio de competencia universal por jueces de ciertos Estados no africanos contra dirigentes africanos constituían una violación flagrante de la soberanía y la integridad territorial de esos Estados. El abuso y el uso abusivo de acusaciones contra dirigentes africanos tenían un efecto destabilizador que tendría un efecto negativo sobre el desarrollo económico, político y social de los Estados y su capacidad para mantener relaciones internacionales. La Conferencia pidió por lo tanto a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, en particular a los de la Unión Europea, que impusieran una moratoria de la ejecución de esas órdenes hasta que todas las cuestiones jurídicas y políticas se hubieran examinado en profundidad en la Unión Africana, la Unión Europea y las Naciones Unidas.

8. Es por tanto necesario aclarar el derecho internacional en esta esfera, pero es necesario además contribuir a su desarrollo progresivo. A este respecto el Sr. Wako hace suyas las observaciones que figuran en el párrafo 41 del informe preliminar del Relator Especial y estima por su parte que la codificación del derecho internacional en la materia no sólo sería «sumamente útil», sino que es imperativo.

9. Se plantea a continuación la cuestión de saber qué funcionarios del Estado gozan de la inmunidad en cuestión. El Relator Especial indica que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* pero sólo algunos de ellos gozan de inmunidad *ratione personae*. Parece haber en derecho internacional consuetudinario un principio bien establecido en cuya virtud los funcionarios del Estado de categoría elevada que gozan de inmunidad personal comprenden al jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, lo que algunos llaman la «troika». La CIJ lo confirmó en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, pero conviene señalar que la Corte indicó que algunas personas, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, gozaban de inmunidad y, a los efectos de la

²⁷⁵ Véase la opinión separada concurrente de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal.

²⁷⁶ Conferencia de la Unión Africana, 11.º período de ordinario sesiones, 30 de junio a 1.º de julio de 2008, Sharm el-Sheikh (Egipto), «Décisions, déclarations, hommage et résolution» (Assembly/AU/Dec.193-207 (XI)), «décision Assembly/AU/Dec.199 (XI) sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle» (Doc. Assembly/AU/14(XI)), www.au.int/fr/decisions/assembly (consultado el 8 de enero de 2013).

norma *ejusdem generis*, indicó de esta manera que otros funcionarios del Estado de la misma categoría no estaban excluidos. Los tribunales británicos otorgaron esa inmunidad al Ministro de Defensa de Israel (véase el asunto *General Shaul Mofaz*) y al Ministro de Comercio de la República Popular de China (véase el asunto *Li Weixum c. Bo Xilai*). La CIJ y los tribunales nacionales que han debido pronunciarse a este respecto examinaron en forma rigurosa las funciones del cargo que ocupaba el funcionario del Estado antes de llegar a una conclusión respecto de su inmunidad *ratione personae*. En particular, decir que gozan de inmunidad personas «como» el ministro de relaciones exteriores significa que también es aplicable a otros ministros.

10. La época en que, además del jefe de Estado, el ministro de relaciones exteriores era el único que dirigía la política exterior y era el único representante del Estado en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales ha pasado. En la época de la aldea mundial, toda actividad es objeto de relaciones internacionales y se puede decir que la diplomacia ya no se refiere más a lo político sino a intercambios comerciales. En algunos países los ministros de comercio y de finanzas, y también los de turismo, ejercen algunas funciones que correspondían hasta ahora al ministro de relaciones exteriores. En el plano regional, donde existe la tendencia a la integración política, económica y social, los ministros de asuntos regionales y comunitarios hacen lo que antes correspondía a los ministros de relaciones exteriores. En cuanto a la delincuencia organizada, la delincuencia transnacional o la corrupción, por ejemplo, son los ministros de justicia los que representan al Estado en el plano internacional.

11. A este respecto el Sr. Wako piensa, como el Relator Especial y algunos miembros de la Comisión, por ejemplo, el Sr. Perera, que es necesario elaborar criterios que tengan en cuenta numerosos factores y especialmente el estatuto del funcionario del Estado, de sus funciones, las circunstancias en las cuales las ejerce, la cuestión de saber si la representación que el interesado ejerce en las relaciones internacionales es indispensable y constituye un aspecto importante de las funciones de Estado, cuáles son las funciones en cuestión en relación con las que ejerce el ministro de relaciones exteriores, así como otros factores que han tomado en cuenta la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* y las jurisdicciones internacionales en los diversos asuntos que han debido conocer.

12. El Sr. NIEHAUS considera que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado reviste tanto interés porque la cuestión tiene actualidad y el derecho internacional está poco desarrollado en esta esfera. En aras de las relaciones internacionales al comienzo del siglo XXI un tema tan importante debe ser objeto de codificación. El Sr. Niehaus observa que intervenir entre los últimos oradores en un debate sobre un tema inscrito en el programa de la Comisión tiene desde luego la ventaja de poder aprovechar las opiniones informadas que ya han formulado los miembros de la Comisión, pero reviste además un riesgo, el de repetir lo que ya se ha dicho muy bien. Indica que para evitar esta última posibilidad limitará a lo esencial sus

observaciones como resumen de la primera y segunda parte del informe preliminar del Relator Especial, sin que por ello el tenor mismo de esas partes sea insignificante.

13. En cuanto al resumen de la primera parte, que figura en el párrafo 102 del informe, el Sr. Niehaus piensa como la Sra. Xue que es importante tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales nacionales, pero apoya la observación que se hace en el apartado *a* del resumen, a saber, que la fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario. Aprueba la opción que ha hecho el Relator Especial de no limitar su interés a la cuestión de la inmunidad, con exclusión de la jurisdicción como tal. Por otra parte, al igual que varios miembros de la Comisión, considera que se deben dejar de lado las inmunidades diplomáticas y consulares, porque son objeto de un régimen particular. En cuanto a la jurisdicción *ratione personae*, es lógico limitar la inmunidad a los funcionarios de la categoría más elevada, pero cabe preguntarse si entre los ministros sólo debe beneficiarse el ministro de relaciones exteriores. En efecto, en el mundo contemporáneo, otros ministros, como el de comercio exterior, el de medio ambiente o el de defensa, ejercen funciones que son iguales, desde el punto de vista del nivel de la representación, a las que ejerce el ministro de relaciones exteriores. Por lo tanto, debe estudiarse esta cuestión más adelante, a la vez que se privilegia una concesión limitada de la inmunidad *ratione personae*. En efecto, la inmunidad sólo debe referirse a los funcionarios del Estado de la categoría más elevada, y si otros funcionarios del Estado pueden gozar de ellas, se trata de una inmunidad funcional y no personal. Se debe preservar la inmunidad de los altos dignatarios del Estado que desempeñan un papel indispensable en la dirección de las relaciones internacionales.

14. Por otra parte, en su labor la Comisión debe tener permanentemente presente la necesidad de luchar contra la impunidad. A este respecto, sin embargo, es pertinente la observación del Sr. Nolte, a saber, que mientras más se amplía la competencia penal internacional, es menos necesario que para luchar contra la impunidad se permita a los Estados que juzguen a los funcionarios de Estados extranjeros. En cuanto a las excepciones a la inmunidad, el Relator Especial ha indicado que las trataría en su próximo informe. Además, varios miembros de la Comisión han planteado la cuestión, pero sin insistir suficientemente en ello, en opinión del Sr. Niehaus, de que se debe estudiar también la inmunidad de los ex jefes de Estado o de gobierno. En cuanto a la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado, también es un aspecto del tema que interesa.

15. Como conclusión, el Sr. Niehaus agradece al Presidente, Sr. Vargas Carreño, la excelente síntesis que presentó en la sesión anterior del asunto *Pinochet*, asunto que reviste importancia fundamental en materia de inmunidad y de jurisdicción.

16. El PRESIDENTE, hablando en su carácter de miembro de la Comisión, dice que se limitará a hacer consideraciones muy generales. En primer lugar, le parece que los trabajos de la Comisión respecto del tema

han comenzado muy bien, gracias a la calidad del estudio de la Secretaría y al excelente informe preliminar del Relator Especial, así como a la riqueza del debate en que han participado numerosos miembros. No volverá sobre la primera parte del informe preliminar, y preferirá referirse a algunos problemas que quedan por resolver. En primer lugar, con respecto al alcance de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión deberá decidir si la va a limitar a la troika (el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores) o la ampliará a otras personas. Como han observado el Sr. Wako y el Sr. Niehaus, especialmente, existe en la era de la mundialización una tendencia a conferir esa inmunidad a otros agentes del Estado en el marco de las relaciones internacionales, por ejemplo, el ministro de defensa o el ministro del interior respecto de cuestiones como la lucha contra el terrorismo. Debe tratarse esta cuestión muy delicada con prudencia. El Sr. Vargas Carreño, en principio, considera que la Comisión debe adoptar un enfoque restrictivo, mejor adaptado a la necesidad de conciliar la soberanía del Estado y la lucha contra la impunidad de los autores de crímenes graves, dos principios bien establecidos en derecho internacional.

17. En segundo lugar, como han observado varios miembros de la Comisión, es esencial que las excepciones a la impunidad no beneficien a los jefes de Estado que han cometido crímenes de lesa humanidad. La actualidad reciente indica empero que, en la práctica, las cosas no son siempre tan simples. Si el primer ministro de un Estado europeo o el Presidente de los Estados Unidos fueran enjuiciados por crímenes de lesa humanidad, ¿estarían dispuestos a detenerlos los demás Estados? La Comisión debe apegarse a la realidad. Una respuesta posible sería no otorgar excepciones sino a los ex jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores.

18. En tercer lugar, se plantea una cuestión importante en el debate, a saber, la del carácter complementario o subsidiario. El Sr. Vargas Carreño considera que la jurisdicción penal extranjera sólo debe intervenir cuando la jurisdicción penal nacional no esté en condiciones de hacerlo, como lo prevé el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este principio del carácter subsidiario de la jurisdicción extranjera debe reflejarse, de una u otra manera, en el proyecto de artículos.

19. Entre las cuestiones que se deben examinar que el Relator Especial ha incluido en la segunda parte de su informe preliminar está el concepto de «funcionarios del Estado». El Sr. Vargas Carreño considera que se trata de una cuestión que tiene un carácter eminentemente político y que, dada la escasez de ejemplos concretos, cualquier intento de codificación sería prematuro. Por el contrario, le parece esencial tratar la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado o de gobierno, que debe prestarse tanto a una codificación como a un desarrollo progresivo.

20. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial), resumiendo el debate relativo al tema, dice que tendrá en cuenta los numerosos comentarios y observaciones que se han formulado a propósito de su informe preliminar, así como los numerosos puntos de vista que se han expresado

respecto de las cuestiones que él espera tratar en su próximo informe.

21. Antes que nada, en lo que respecta a las personas de que se trata, los miembros de la Comisión están de acuerdo en general en reconocer que la principal fuente de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros han evocado asimismo la importancia de la práctica nacional y de las decisiones de las jurisdicciones nacionales.

22. Numerosos miembros han apoyado la idea de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado constituye una relación jurídica, una correlación entre derechos y obligaciones existentes. Numerosos miembros han reconocido además que esa inmunidad tiene carácter procesal, pero otros consideran que puede asimismo en algunas circunstancias relacionarse con el derecho sustantivo. Se ha apoyado en general la idea de que la inmunidad de jurisdicción penal se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial y que la cuestión de esa inmunidad es importante porque se puede plantear a partir de la etapa precontenciosa de la acción penal.

23. Algunos miembros han apoyado la tesis de que la base de la inmunidad es mixta, funcional y representativa. Un miembro ha señalado que la inmunidad de diferentes personas puede tener diferentes fundamentos. Por ejemplo, el jefe de Estado personifica al Estado y en ello se basa su inmunidad, lo que no es posible aplicar a los demás funcionarios del Estado.

24. Numerosos miembros han convenido en que la competencia prima sobre la inmunidad. Se ha planteado entonces la cuestión de la competencia universal. Según algunos miembros no puede dejarse de costado y debe tratarse por lo menos en el contexto de las excepciones a la inmunidad. A este respecto el Relator Especial precisa que se propone estudiar la cuestión de la competencia pero que, por el momento, considera que ese examen tendrá más bien carácter analítico y que no debe ser necesario que la Comisión adopte una posición de fondo en cuanto a la competencia como tal.

25. Para muchos miembros las reflexiones del Relator Especial con respecto a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado han sido bastante útiles, al menos en el plano analítico, pero un miembro por lo menos preferiría desentenderse de esa distinción y hablar más bien de actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales y de actos realizados a título privado. A ese respecto, el Relator Especial recuerda que él mismo ha indicado en su informe preliminar que la distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* es útil desde el punto de vista del análisis pero no figura en los instrumentos normativos.

26. El debate ha permitido comprender mejor el alcance del tema, aunque queden cuestiones por resolver. En opinión general, y el Relator Especial está perfectamente de acuerdo, las inmunidades diplomáticas, consulares y de

misiones especiales (a las cuales se podrían agregar las de los funcionarios del Estado ante las organizaciones internacionales) no deben entrar en el campo del tema. Un miembro evocó la situación de un diplomático acreditado ante un Estado que va a representarlo en una manifestación en un tercer Estado. Esa situación ya se evocó en el informe. Ese funcionario goza de inmunidad en tanto agente del Estado pero no en tanto agente diplomático. El derecho diplomático y el derecho consular son efectivamente sectores perfectamente delimitados del derecho internacional y el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema no debe afectar a la inmunidad de esas categorías de personas.

27. La mayoría de los miembros que ha opinado respecto del tema considera que no debe incorporar las cuestiones relativas a la competencia penal internacional. Sin embargo, se ha considerado que no se puede eludir cuando se analice la cuestión de las excepciones a la inmunidad. Se ha observado asimismo que ha de tenerse en cuenta el principio de complementariedad enunciado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El Relator Especial se propone abordar esas cuestiones en su próximo informe, sin perjuicio de las conclusiones a las que llegará.

28. Según el Relator Especial, una mayoría de los miembros considera que no es necesario abordar la cuestión del reconocimiento. Sin embargo, otros representantes han expresado una opinión contraria. Tal vez sería conveniente, como han propuesto algunos miembros, limitarse al examen de las consecuencias de la falta de reconocimiento de una entidad cualquiera como Estado para tratar las cuestiones relativas a la inmunidad de sus funcionarios.

29. En lo que respecta a la aplicación a diferentes categorías de personas, algunos miembros consideran que sólo el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozan de inmunidad *ratione personae*. Otros, si bien reconocen que otros funcionarios del Estado también gozan de inmunidad, dudan de que la Comisión se aventure más allá de los límites de esa troika. Finalmente, por lo menos dos miembros consideraron que, aunque otros funcionarios gozan de esa inmunidad, la Comisión debe limitarse a la troika y no mencionarlos para no prejuzgar respecto de otras categorías de personas que podrían gozar de inmunidad personal. Por el contrario, varios miembros de la Comisión, y tal vez la mayoría, piensan que, dada la evolución objetiva de la dirección de los asuntos del Estado, la Comisión no puede limitarse a la troika. Los partidarios de ampliar el alcance incluso han subrayado que la Comisión debe proceder con la mayor circunspección. Se han dado ejemplos de funcionarios del Estado que podrían gozar de inmunidad *ratione personae*: ministros de defensa, de comercio exterior, presidentes y vicepresidentes de parlamentos, magistrados, etc. Se evocó además la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de entidades constitutivas de Estados federales. Numerosos miembros han considerado que no es necesario enumerar los funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione personae* sino más bien definir criterios en los cuales apoyarse para delimitar las categorías de personas de que se trata. El Relator Especial estima

que para determinar el camino que se ha de seguir en la continuación de los trabajos deberá profundizarse también en el análisis del fallo dictado por la CIJ en el asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia).

30. Los miembros de la Comisión se han dividido casi por igual en cuanto a la cuestión de saber si se debe incluir en el ámbito del tema a los miembros de la familia de los funcionarios del Estado y sus acompañantes. Los partidarios de la inclusión han expresado también diversas reservas. Por ejemplo, uno de ellos piensa que esa cuestión debe examinarse en una etapa ulterior del estudio del tema y únicamente con el fin de rechazar la inmunidad de esa persona. Algunos miembros han opinado que no hay que interesarse sino en los miembros de la familia de los funcionarios del Estado de categoría elevada. Otro miembro ha considerado que no es necesario examinar esta cuestión sino para determinar si la fuente de la inmunidad de esas personas es únicamente la cortesía internacional. Para muchos miembros se trata de eso. En su conjunto, el debate sobre esta cuestión no ha convencido al Relator Especial de que sea necesario revisar el punto de vista formulado en su informe preliminar pero, bien entendido, está desde luego dispuesto a reexaminar lo que se ha dicho.

31. Conviene recordar además que un miembro de la Comisión se ha declarado partidario de incluir a los miembros de las fuerzas armadas en el ámbito del tema.

32. En cuanto a los términos y definiciones, la expresión «funcionario del Estado» ha contado con cierto grado de apoyo, pero varios miembros preferían «representante del Estado» (*State representative*) o «agente del Estado» (*State agent*). Numerosos miembros han dicho que conviene definir la expresión *State official* («funcionario del Estado»). Un miembro ha propuesto que se procure elaborar una definición diferente de las que figuran en el informe preliminar, y el Relator Especial piensa que puede ser útil.

33. Varios miembros se han referido asimismo a la necesidad de definir la «inmunidad» y la «inmunidad de jurisdicción penal».

34. En cuanto a la cuestión del tenor de su próximo informe, el Relator Especial dice que ha descrito a grandes rasgos, en forma preliminar, la estructura y el encadenamiento lógico del estudio del tema en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones²⁷⁷, del que han tomado conocimiento todos los miembros. En la cuarta parte de su presentación, titulada «Posible ámbito del tema propuesto», proponía 11 grupos de cuestiones que consideraba necesario examinar, y señalaba, entre otras cosas, que el problema central era el alcance o los límites de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (tema 6). Se atiene entonces a lo que declaraba hace dos años. En general, sigue considerando que ese enfoque es justo, aunque hay que aportar algunas modificaciones. Especialmente por esa razón no ha tratado todavía, por ejemplo, la cuestión de las excepciones a la inmunidad.

²⁷⁷ Anuario... 2006, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 209.

35. En su carácter de asesor jurídico el Relator Especial reflexiona permanentemente respecto de todas estas cuestiones. En consecuencia, sus ideas han evolucionado y probablemente seguirán evolucionando a medida que se siga examinando el tema. En el comienzo pensaba que el tema debía basarse en las relaciones entre la inmunidad y las normas de *jus cogens* que penalizan los crímenes internacionales más graves. Eso se tratará desde luego en el próximo informe, pero no se agotará la cuestión del ámbito de la inmunidad. Se podría formular esa cuestión de la manera siguiente: ¿la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de funcionarios del Estado depende de la gravedad de los actos cometidos? Será necesario examinar la cuestión de las consecuencias que la competencia universal implica respecto de la inmunidad en lo que se refiere a los crímenes más graves pero se deberá tener presente que, en la práctica, la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado se plantea asimismo respecto de las infracciones de carácter internacional menos grave, como la corrupción o el blanqueo de dinero.

36. El Relator Especial espera examinar asimismo la cuestión de saber si la inmunidad de los funcionarios del Estado se mantiene también cuando cometen, en el territorio del Estado que tiene competencia, actos contrarios al derecho de ese Estado. Se ha hablado a este respecto del espionaje, y se puede recordar el asunto del *Rainbow Warrior*. El Relator Especial se propone examinar la cuestión de saber si existen excepciones a la inmunidad. Esta cuestión se podría formular mejor de esta manera: ¿hay excepciones a la inmunidad en el derecho internacional general? Si no las hay, ¿es necesario establecerlas? Y si existen o si es necesario crearlas, ¿cuáles son esas excepciones? No le cabe duda alguna de la posibilidad de crear excepciones a la inmunidad mediante la concertación de un tratado internacional.

37. El Relator Especial se propone además examinar en su próximo informe cuál es el alcance de la inmunidad personal y de la inmunidad *ratione materiae*. Una de las premisas en que se basa consiste en decir que la inmunidad *ratione personae* sólo es válida mientras la persona dura en el cargo. Además, será necesario examinar las siguientes cuestiones: ¿cómo distinguir los actos realizados a título oficial de los realizados a título privado? ¿Cuáles son los actos a título oficial? ¿Pueden los actos ilegales ser considerados como actos realizados en el marco de las funciones oficiales? Se examinará asimismo la cuestión de saber si, por ejemplo, debe ampliarse la inmunidad personal a los actos realizados antes de asumir el cargo. Aparte de la cuestión de saber qué actos del funcionario del Estado están cubiertos por la inmunidad y cuáles no, se examinará la cuestión de saber de qué actos del Estado que ejerce la competencia protege la inmunidad y de cuáles no. El Relator Especial se propone asimismo estudiar por separado el alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado que ejercen su cargo y el de los que han cesado en sus funciones.

38. En cuanto a los aspectos procesales de la inmunidad, el Relator Especial consideraba al comienzo que sólo era necesario examinar en la Comisión la cuestión de la renuncia a la inmunidad, y en especial los temas siguientes: ¿quién tiene derecho a renunciar a la

inmunidad del funcionario del Estado, el funcionario mismo o el Estado al que presta servicios? ¿Qué forma debe asumir la renuncia? ¿Es posible una renuncia implícita? ¿Se puede considerar el consentimiento del Estado en estar vinculado por las obligaciones de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, donde no se dice nada de la inmunidad ni de la renuncia a la inmunidad, como una renuncia implícita a la inmunidad? Pero el Relator Especial estima ahora que hay otros aspectos procesales importantes de la inmunidad, por ejemplo, los siguientes: ¿el Estado al que presta servicios el funcionario debe plantear ante el Estado que va a ejercer la competencia penal en su contra la cuestión de la inmunidad para que se tenga en cuenta ésta? ¿El Estado de donde procede el representante debe, si se trata de la inmunidad funcional, declarar o demostrar que los actos de sus funcionarios se han realizado a título oficial? Esta última cuestión está vinculada a la que han planteado dos miembros, a saber, la cuestión del vínculo entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado y la responsabilidad del Estado a cuyo servicio se encuentra. El Relator Especial considera que esta cuestión merece estudiarse más adelante.

39. En lo que respecta al enfoque y el método, el Relator Especial, a diferencia de algunos miembros de la Comisión, considera que el fallo de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* es correcto, que tiene gran alcance y que da una imagen clara de lo que es el derecho internacional vigente en la esfera que se estudia. Como se sabe, ese fallo se adoptó por 13 votos contra 3, es decir, una mayoría aplastante. Se distingue en esto del fallo *Al-Adsani*, dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un voto de mayoría. La importancia de ese fallo, en cuanto enuncia claramente el derecho internacional en la esfera en cuestión, se subrayó especialmente con ocasión de su examen en 2002 en el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público.

40. El Relator Especial se propone proseguir el análisis de estas cuestiones sobre la base de las fuentes en que se ha basado para elaborar el informe, especialmente la práctica de los Estados, incluidas la legislación y las decisiones judiciales, las decisiones de las jurisdicciones internacionales (en primer lugar de la CIJ) y la teoría. Considera además importantes las decisiones de los tribunales nacionales, no sólo por sí mismas, sino además porque en los expedientes que esos tribunales examinan se encuentra con frecuencia reflejada la posición de los Estados.

41. Por otra parte, el Relator Especial estima que es primordial analizar la práctica judicial y de otro orden en una perspectiva dinámica del desarrollo, así como tener en cuenta el encadenamiento lógico en que se adoptan las decisiones de la justicia. En su opinión es inexacto decir, por ejemplo, que la decisión de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* entra en conflicto con la decisión *Blakšić* del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia o con la orden de detención en el caso *Pinochet*. Sin embargo, esta práctica no es homogénea, y hay decisiones internas que se apartan de la decisión adoptada en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

42. El Relator Especial repite: la práctica judicial debe estudiarse teniendo en cuenta el factor temporal. Conviene no dejar de lado las decisiones de la justicia con respecto a la inmunidad de la jurisdicción civil bajo el pretexto de que la jurisdicción civil y la jurisdicción penal son diferentes. Desde luego son diferentes, pero no hasta el punto de que las decisiones relativas a la inmunidad de jurisdicción civil no tenga pertinencia alguna con respecto al tema que se estudia. El Relator Especial considera que es fundamental apoyarse en la práctica internacional y nacional, en la práctica y opinión de los Estados. No se trata de formular proposiciones abstractas respecto de lo que debe ser el derecho internacional, fuera del campo del derecho vigente y sin referencia a las manifestaciones del derecho internacional existente.

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (continuación*) (A/CN.4/588, secc. F, A/CN.4/599, A/CN.4/603)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

43. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (A/CN.4/603).

44. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Relator Especial por la calidad de su informe. Sus observaciones se van a referir a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial y a la continuación del examen del tema.

45. En lo que se refiere al proyecto de artículo primero (Ámbito de aplicación), la Sra. Escarameia habría preferido que el título fuera «Alcance» más bien que «Ámbito de aplicación», por cuanto esta expresión da en efecto la impresión de que el proyecto de artículo se refiere únicamente a la aplicación del principio, lo que evidentemente no es así. Habida cuenta del aspecto temporal, es decir, el establecimiento, el tenor, el funcionamiento y los efectos de la obligación, estima que esa formulación precisa de manera bastante buena los diferentes aspectos de la cuestión que se abordarán. Por el contrario, sería partidaria de suprimir el adjetivo «jurídica» en la expresión «obligación jurídica del Estado» en la medida en que es redundante indicar en un documento jurídico que la obligación es jurídica. En cuanto a las expresiones entre corchetes, preferiría la expresión «de su competencia», fórmula más adaptada para los Estados que administran territorios que no les pertenecen y a quienes se impone la obligación. Además, como ha indicado el Sr. Pellet, es la expresión que se utiliza asimismo en el Convenio europeo de derechos humanos.

46. Respecto del proyecto de artículo 2, (Términos empleados), la Sra. Escarameia aprueba las sugerencias que figuran en el párrafo 1. Sin embargo prefiere que el apartado d («Se entiende por “personas bajo jurisdicción”») se divida en dos apartados, el primero dedicado a las personas, por cuanto es necesario subrayar que se trata de personas naturales y no de personas jurídicas, y

el segundo dedicado a la jurisdicción. Considera por otra parte que convendría dedicar un apartado a la definición de la competencia universal.

47. La Sra. Escarameia no entiende muy bien la utilidad del párrafo 2. En efecto, en la medida en que se ha precisado en el párrafo 1 «a los fines del presente proyecto de artículos», le parece superfluo agregar que esas definiciones se entienden «sin perjuicio de [...] o del sentido que se les pueda dar en [otros instrumentos internacionales] o el derecho interno de cualquier Estado».

48. La Sra. Escarameia insiste en la importancia del artículo 3 (El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar). En su opinión, ese artículo es importante no tanto porque se trata de «iniciar la formulación de una norma consuetudinaria adecuada», como indica el Relator Especial, sino en especial como consecuencia de la opinión esgrimida por los Estados Unidos en las observaciones e informaciones recibidas de los gobiernos²⁷⁸. Según los Estados Unidos, el hecho de ser parte en un tratado multilateral sólo crea obligaciones concretas si las obligaciones se reiteran en un tratado bilateral. En otros términos, sólo un tratado bilateral puede ser fuente de obligaciones. La Sra. Escarameia considera que esa posición es curiosa, y que el interés del proyecto de artículo 3 es justamente eliminar toda ambigüedad al respecto.

49. La Sra. Escarameia propone que se remitan los tres proyectos de artículos al Comité de Redacción. En lo que se refiere a la continuación del examen del tema, comparte algunas de las preocupaciones señaladas por el Sr. Pellet. Le parece en efecto que el Relator Especial ha reunido suficiente información sobre el tema, que la Comisión dispone de un número suficiente de elementos de orientación y que es por tanto inútil esperar otras respuestas de los Estados. El Relator Especial debería simplemente seguir adelante con su trabajo. En su informe preliminar²⁷⁹ ya había esbozado, en el párrafo 61, gran número de proyectos de artículo posibles. En opinión de la Sra. Escarameia, en su cuarto informe el Relator Especial debería proponer proyectos de artículos sobre las fuentes de la obligación, especialmente un proyecto de artículo 4 sobre el carácter consuetudinario de ésta y un proyecto de artículo 5 sobre el principio *aut dedere aut judicare* en tanto principio general de derecho basado en las leyes nacionales, la jurisprudencia y las prácticas compartidas. En esa óptica podría ser interesante analizar el vínculo entre la competencia universal y el principio *aut dedere aut judicare*, así como la relación entre este concepto y los crímenes de derecho internacional. Por otra parte, se podrían proponer posteriormente otros artículos, especialmente respecto de la competencia universal, el «tercer término de la alternativa», a saber, la relación con una jurisdicción penal internacional, etc. Estas cuestiones son particularmente complicadas y suscitan opiniones divergentes en la Comisión, por lo que la Sra. Escarameia considera útil crear grupos de trabajo, no desde este momento, como ha propuesto el Sr. Pellet, sino una vez que el Relator Especial haya presentado proyectos de artículos sobre las diferentes cuestiones evocadas.

²⁷⁸ Anuario... 2007, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4.

²⁷⁹ Anuario... 2006, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571.

* Reanudación de los trabajos de la 2984.ª sesión.

50. Por otra parte, la Sra. Escarameia invita al Relator Especial a interesarse asimismo en cuestiones de procedimiento, como los fundamentos del rechazo de la extradición de una persona, las garantías de que gozan las personas que pueden ser extraditadas, las peticiones concurrentes de extradición, etc.

51. El Sr. DUGARD dice que limitará sus observaciones al tercer informe sobre la obligación de extraditar o enjuiciar y piensa que hay tres razones principales que explican que los progresos hechos por el Relator Especial no estén a la altura de lo que cabía esperar. En primer lugar, no se entiende por qué desea tanto obtener indicaciones de parte de los Estados. En el párrafo 33 de su informe el Relator Especial lamenta la lentitud con que se le han comunicado las opiniones e informaciones y subraya que eso constituye un freno para su trabajo. En el párrafo 44 señala que sólo han reaccionado una veintena de Estados, por lo que difícilmente cabe esperar que respondan más Estados. Por otra parte, el Relator Especial no debe olvidar que sólo han transmitido sus observaciones los países de Europa occidental, de manera que no se cuenta con los puntos de vista de los países en desarrollo. Hay que tener presente el espíritu con que la Comisión ha de servir los intereses de una mayor diversidad de Estados.

52. Hay problemas de fondo asimismo en el origen del retraso del Relator Especial, que todavía no ha llegado a definir su posición respecto de cuestiones esenciales, a saber, si la obligación de extraditar o enjuiciar es una obligación consuetudinaria y si se debe establecer un vínculo entre el tema que se examina y la cuestión de la competencia universal. Estas cuestiones son cruciales y se deben solucionar lo antes posible. Por otra parte, hay también un problema de calendario y parece en efecto poco probable que se puedan llevar los trabajos a término antes del quinquenio en curso.

53. El Sr. Dugard concuerda con la Sra. Escarameia en que reviste la mayor importancia comenzar a responder la cuestión de la existencia o no de una obligación consuetudinaria de extraditar o enjuiciar. En ausencia de una obligación de ese tipo no se entiende por qué la Comisión debería seguir adelante con su trabajo. Por tanto, hay que plantearse inmediatamente la cuestión de un posible vínculo entre el tema que se examina y el principio de la competencia universal, examen que no requiere un estudio en profundidad del principio de la competencia universal. La competencia universal se refiere casi exclusivamente a los crímenes más graves y ocurre lo mismo con la obligación de extraditar o enjuiciar. El Relator Especial ha destacado que para algunos Estados la obligación de extraditar o enjuiciar se refiere a todos los crímenes, lo que en opinión del Sr. Dugard no tiene sentido. La obligación consuetudinaria de extraditar o enjuiciar, si existe, sólo puede referirse a los crímenes más graves. A este respecto los puntos de vista de China y Suecia, que el Relator Especial ha reproducido en las notas del párrafo 98, son particularmente interesantes.

54. El Relator Especial debe plantearse la cuestión de saber si la obligación de extraditar o enjuiciar se aplica sólo cuando el autor presunto de la infracción se encuentra en el territorio del Estado interesado, a lo que

el Sr. Dugard se inclina por responder en la afirmativa. Numerosos tratados lo exigen y eso tiene sentido: ¿cómo exigir a un Estado que extradite al autor presunto de una infracción si no lo tiene en su custodia? El Relator Especial debe pronunciarse además sobre la cuestión de si el Estado que ejerce su control sobre el autor presunto o tiene su custodia tiene la opción de enjuiciar o extraditar. Personalmente el Sr. Dugard estima que debe ejercer esa opción el Estado en cuyo territorio se encuentra el autor presunto. En cuanto a la tercera opción que podría derivar de la obligación *aut dedere aut judicare*, a saber, remitir al autor presunto de la infracción a la Corte Penal Internacional, sería muy problemático no conservarla en esta etapa de los trabajos. La cuestión de saber si extraditar o enjuiciar existe solamente en caso de presentación por un Estado distinto de una petición de extradición debe examinarse más adelante a la luz de las observaciones de la Sra. Escarameia. Parece inevitable proceder al desarrollo progresivo del derecho sobre el tema; el Relator Especial tiene razón en apoyarse a este respecto en algunas decisiones de los tribunales nacionales, que le serán sin duda más útiles que las opiniones expresadas por los Estados.

55. El Sr. Dugard no considera que en su estado actual los proyectos de artículos se puedan remitir al Comité de Redacción; requieren efectivamente un examen más detenido en cuanto al fondo. El proyecto de artículo primero no está muy logrado, por cuanto el Relator Especial no ha tomado claramente posición respecto de su contenido. Tal como está redactado actualmente el proyecto de artículo 2 tampoco se puede enviar al Comité de Redacción. Con respecto al proyecto de artículo 3, efectivamente hay que tomar en cuenta los diferentes tratados internacionales que prevén la obligación de extraditar o enjuiciar, pero se tendría que preparar la lista de los instrumentos relacionados a fin de saber si existe una obligación consuetudinaria de extraditar o enjuiciar. El Relator Especial debe por lo tanto continuar su labor y procurar dominarla. A este respecto la proposición del Sr. Pellet en el sentido de crear un grupo de trabajo no le parece la solución idónea; en cuanto a la voluntad del Relator Especial de obtener los comentarios y las observaciones complementarias de los Estados, no le parece apropiada.

56. El Sr. PELLET, al contrario que el Sr. Dugard, no considera que los trabajos de la Comisión perderán utilidad si se constata la ausencia de una obligación consuetudinaria de extraditar o enjuiciar. En efecto, las cláusulas *aut dedere aut judicare* previstas en los tratados son con frecuencia muy vagas e imprecisas, de manera que un proyecto de artículo sobre la cuestión permitiría precisar su tenor e interesarse en los problemas complejos vinculados a su aplicación. Respecto de la creación de un grupo de trabajo encargado de apoyar la labor del Relator Especial, el Sr. Pellet sigue considerando que sería acertado habida cuenta del gran número de cuestiones de principio planteadas por la Sra. Escarameia y por el Sr. Dugard, y habida cuenta de las vacilaciones del Relator Especial y de otros miembros de la Comisión respecto del tema examinado. Sin embargo, sólo a él corresponde decidirlo.

57. El Sr. GAJA rinde homenaje al Relator Especial por la claridad y utilidad de su tercer informe y desea hacer algunas observaciones sobre las cuestiones que deberían tratarse en el marco de la futura labor relativa al tema que

se examina. Espera que sus observaciones sean útiles, aunque se aparten en cierta medida de las que acaban de hacer la Sra. Escarameia y el Sr. Dugard, para quienes la compleja cuestión de la existencia de una obligación consuetudinaria de extraditar o enjuiciar debería tratarse de entrada. Es también la opinión del Relator Especial, como se demuestra en los párrafos 88 y 89 de su informe, donde se refiere a interesantes decisiones recientes, y en el párrafo 125, en el que el Relator Especial comenta brevemente un proyecto de artículo relativo a los tratados como fuente de la obligación y recuerda que la obligación de extraditar o enjuiciar se considera establecida en el caso de ratificación por un Estado de varios tratados internacionales que consagran este principio en una forma u otra, y que esta práctica debe llevar a consagrar este principio en el derecho consuetudinario.

58. Considerar que la obligación de extraditar o enjuiciar es una regla del derecho internacional consuetudinario plantea la cuestión compleja de la competencia universal, que, como el Sr. Wako ha recordado, es una cuestión controvertida. Sería por lo tanto tal vez más eficaz interesarse en primer lugar en la obligación *aut dedere aut judicare* independientemente de saber cuál es su fuente en derecho internacional. Que esta obligación sea una regla o un principio de derecho internacional consuetudinario no tiene verdaderamente importancia, ya que en general se admite que los dos términos tienen el mismo significado. Esto se podría mencionar a reserva de la excepción de la *lex specialis*. Las cuestiones planteadas por la Sra. Escarameia y el Sr. Dugard merecerían entonces la atención de la Comisión desde el comienzo.

59. En esa perspectiva el Relator Especial podría preguntarse en primer lugar acerca de las condiciones de existencia de una obligación de enjuiciar en aplicación de la regla o el principio *aut dedere aut judicare*, y preguntarse a continuación por su tenor. En lo que se refiere a las condiciones de existencia de la obligación, parece antes que nada que la presencia del autor presunto de la infracción en el territorio del Estado en cuestión es una de ellas. Cabe sin embargo preguntarse si esa presencia debe necesariamente ser voluntaria e interrogarse acerca de la naturaleza de la obligación que incumbe al Estado en lo que se refiere a demostrar la presencia efectiva del autor presunto de la infracción en su territorio. Cabe preguntarse además si el Estado debe ser en primer lugar competente para conocer de la infracción de que se trata. En cuanto al hecho de saber a partir de qué momento se considera que el Estado ha rechazado la solicitud de extradición, convendría precisararlo. Cabe asimismo pensar que hay una obligación de enjuiciar cuando el Estado está obligado, en virtud de un tratado o de una regla de derecho internacional, a ejercer su competencia. Hay que preguntarse cuál sería entonces la autoridad pública habilitada para tomar la decisión. Cabe preguntarse asimismo en qué medida esa competencia tiene repercusiones respecto de la inmunidad de que el sospechoso puede beneficiarse en virtud de las reglas en vigor en el Estado en cuyo territorio se encuentra.

60. El tenor de la obligación de enjuiciar plantea además otras cuestiones. ¿Cómo conciliar esa obligación con el ejercicio de la facultad discrecional de la que goza el ministerio público en muchos países? ¿Cómo demostrar que la obligación de enjuiciar ya ha nacido y en qué

medida la calidad de los elementos de prueba recogidos afectan su naturaleza? ¿El autor presunto debe estar necesariamente detenido a la espera de su proceso? ¿Su extradición hacia un Estado distinto de aquél en que se ha presentado la solicitud de extradición es compatible con la obligación de enjuiciar? Para responder a estas preguntas, lista que no es exhaustiva, el Relator Especial debería aproximarse a la Secretaría para determinar las modalidades de un examen en profundidad de la práctica disponible, cuyos resultados, presentados a los Estados para su apreciación, podrían dar lugar a observaciones más concretas, y por lo tanto más útiles para la Comisión.

61. El Sr. FOMBA observa que, a pesar de las dificultades que encontró el Relator Especial para solicitar y recoger la reacción de los Estados, su informe contiene algunas conclusiones que podrían ser preliminares pero que no son menos interesantes. Respecto del hecho de saber si la obligación de extraditar o enjuiciar forma parte del derecho internacional consuetudinario y en qué medida, el Relator Especial describe lo que considera la realidad jurídica actual, a saber, la existencia de gran número de tratados que consagran esta obligación y la de un número cada vez mayor de textos jurídicos nacionales y de decisiones judiciales. A este respecto el Relator Especial evoca asimismo la creación y el desarrollo de una práctica jurídica, que constituye un elemento crucial para la definición y recepción de nuevas normas consuetudinarias, y observa cierta receptividad de los Estados al respecto. En lo que se refiere a saber si esta realidad jurídica traduce bien una *opinio juris*, en el párrafo 125 de su informe el Relator Especial se inclina por responder en la afirmativa apoyándose en el argumento de que «[s]i 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»²⁸⁰. El Sr. Fomba piensa que se puede aceptar esta interpretación; no es menos cierto que abarca un caso de figura concreta que no parece ser generalizable en esta ocasión. En todo caso, en la medida en que este balance provisional de las investigaciones y del análisis que hace el Relator Especial sería aceptable para la Comisión, la inquietud planteada por la lentitud de la reacción de los Estados se relativizaría y podría no implicar la necesidad de seguir tratando de obtener nuevas reacciones de su parte, y abrir por consiguiente el camino a la prosecución de la labor del Relator Especial.

62. En lo que se refiere a la cuestión de saber si la obligación *aut dedere aut judicare* es una obligación alternativa, el Sr. Fomba no comprende la idea que consiste en no tratar el tema en tanto tal; a menos que la expresión «alternativa» pueda tener varias acepciones, lo que él no cree. Como sea, no cabe duda de que la obligación debe formularse en términos alternativos. Se pueden entrever cuatro opciones: extraditar solamente al sospechoso; enjuiciar solamente al sospechoso; extraditar primero y enjuiciar enseguida al sospechoso, lo que plantearía el problema del juicio *in absentia* y de sus consecuencias posibles y, finalmente, enjuiciar primero y extraditar enseguida al sospechoso, lo

²⁸⁰ Enache-Brown y Fried, , *loc. cit.* (nota 254 *supra*).

que plantea el problema de la finalidad, a saber, el riesgo de una doble incriminación o del cumplimiento de una pena, por ejemplo. En todo caso, se trata de saber si estas opciones, especialmente la tercera y la cuarta, son pertinentes, y en qué medida, y cuáles serían las condiciones de su aplicación. En lo que respecta a la «tercera alternativa», se plantea la cuestión de saber cuáles son o serían concretamente las otras situaciones aparte de la remisión de los sospechosos a la Corte Penal Internacional.

63. Con respecto al alcance del fallo de 28 de abril de 2008 de la jurisdicción española competente en materia penal, mencionado en el apartado c del párrafo 88 del informe, el Sr. Fomba observa que esa decisión es interesante en la medida en que precisa de manera más bien innovadora cual es el régimen jurídico aplicable en caso de negativa de extraditar al plantear una doble condición. En primer lugar, que el Estado territorial del sospechoso esté obligado a enjuiciarlo en sus propios tribunales. En segundo lugar, que esto se haga solamente a solicitud del Estado que requiere la extradición. Una condición que el Relator Especial califica de «nueva» y «desconocida hasta ahora», pero de la cual habría que estar absolutamente seguros. Como conclusión, el Sr. Fomba observa que el Relator Especial encuentra manifiestamente dificultades que son más bien independientes de su voluntad. Además, la propuesta del Sr. Pellet de que se cree un grupo de trabajo para ayudar al Relator Especial le parece acertada pero a condición de precisar su mandato. En cuanto al resto, y para responder al llamamiento del Presidente, el Sr. Fomba se reserva el derecho de volver sobre estas y otras cuestiones en la sesión siguiente.

64. El Sr. CANDIOTI considera interesantes la observaciones del Sr. Gaja y señala que sólo se ha referido a la cuestión de enjuiciar, como si se tratara de la única obligación que deriva de la máxima *aut dedere aut judicare*. En cuanto al Sr. Fomba, cita cuatro variantes posibles de la obligación de extraditar o enjuiciar. En esas condiciones, convendría tal vez adoptar una definición preliminar única de esa obligación; eso facilitaría la labor de la Comisión sobre el tema y permitiría obtener nuevas reacciones de los Estados.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2988.ª SESIÓN

Jueves 31 de julio de 2008, a las 10.05 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.

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (*conclusión*) (A/CN.4/588, secc. F, A/CN.4/599, A/CN.4/603)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que resuma el debate sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

2. El Sr. GALICKI (Relator Especial) da las gracias a todos los miembros de la Comisión que han participado en el debate por sus críticas constructivas y amigables. Las críticas se concentraron sobre todo en el criterio adoptado en su tercer informe de proseguir el examen del material contenido en sus informes preliminar²⁸¹ y segundo²⁸², y en la lentitud de los progresos realizados sobre el tema. Si bien atribuye esos defectos fundamentalmente a la renuencia o negativa de muchos gobiernos a formular los comentarios y proporcionar la información que se les ha solicitado, está de acuerdo en que se necesita un enfoque más expeditivo y proactivo y que la situación no debe impedir determinar la estructura y el contenido básicos del tema. En la etapa actual, las aportaciones de los gobiernos deben considerarse una contribución valiosa, pero no una condición necesaria para el desarrollo ulterior del estudio. Teniendo en cuenta esas observaciones, proseguirá sus esfuerzos encaminados a presentar un conjunto más sustantivo de proyectos de artículos en su próximo informe.

3. Con respecto al proyecto de artículos propuesto en el tercer informe, algunos miembros opinaron que en el proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación) no se debían enumerar las distintas fases correspondientes a la creación, el funcionamiento y los efectos de la obligación, mientras que otros estimaron, por el contrario, que su inclusión contribuiría a ofrecer una estructura para los trabajos futuros de la Comisión sobre el tema. En cuanto a la cuestión de si el adjetivo «alternativa» debe sustituirse por el término «jurídica», la opinión predominante fue que todo adjetivo es superfluo, y el Sr. Fomba señaló que la expresión «obligación alternativa» podría interpretarse por lo menos de cuatro maneras. Por tanto, se abstendrá de calificar la obligación de una u otra forma, y acortará el título del proyecto de artículo a «Ámbito».

4. Por lo que se refiere al elemento sustantivo del proyecto de artículo 1 y la delimitación de los crímenes y delitos comprendidos por la obligación, se expresó la opinión de que ésta, al igual que el principio de la jurisdicción universal, sólo surge en relación con crímenes de derecho internacional graves. Esa opinión estaba respaldada por las declaraciones de los representantes de Suecia y China formuladas en la Sexta Comisión²⁸³. El Sr. Candiotti sugirió que la Comisión debía conceder atención prioritaria a la determinación de la naturaleza y el

²⁸¹ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571.

²⁸² *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585.

²⁸³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22)*, párrs. 33 y 62, respectivamente.