

de la obligación de extraditar o juzgar, quien, en su informe preliminar de 2006, asimilaba las inmunidades a uno de los «obstáculos para que resulten eficaces unos sistemas de enjuiciamiento que no son apropiados para [los] delitos [de derecho internacional]»⁶⁵. Aunque el Relator Especial sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado afirme que «no tiene pruebas de ninguna práctica generalizada entre los Estados, incluida la práctica judicial, o su *opinio juris*, que pueda confirmar la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal extranjera sobre esos funcionarios en virtud de la norma *aut dedere aut judicare*» (párrafo 79 de su informe), el Sr. Melescanu considera que la preocupación del Sr. Galicki sigue siendo legítima. En el marco de sus trabajos sobre esos dos temas, la Comisión podría considerar la introducción en el proyecto de artículos sobre la inmunidad de una cláusula «sin perjuicio» que cubriera las reglamentaciones relativas a la aplicación de la norma *aut dedere aut judicare*.

55. En conclusión, el Sr. Melescanu manifiesta que comparte la opinión del Sr. Dugard en el sentido de que no resulta oportuno prever el examen de un tercer informe cuando la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre el segundo, del que conoce actualmente.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

3087.ª SESIÓN

Jueves 12 de mayo de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/638, secc. F, A/CN.4/646)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar su examen del segundo informe del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁶⁶.

⁶⁵ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, pág. 283, párr. 14.

⁶⁶ Reproducido en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/631.

2. La Sra. JACOBSSON dice que, antes de expresar sus opiniones acerca del segundo informe del Relator Especial, desea dar la bienvenida al nuevo miembro de la Comisión, la Sra. Concepción Escobar Hernández, de España. El hecho de que España haya propuesto la candidatura de una mujer para integrar la Comisión de Derecho Internacional sienta un ejemplo que los demás Estados deben seguir, ya que la composición de la Comisión debe reflejar la de la comunidad del derecho, en que no faltan mujeres cualificadas que son experimentadas juristas internacionales.

3. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es un tema importante, como queda de manifiesto en el consenso que hubo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en que la Comisión de Derecho Internacional asignase elevada prioridad a su examen. Las opiniones expresadas por el Relator Especial en su informe son claras y coherentes; además, el informe es producto de una correcta investigación y una valiosa actualización de la jurisprudencia en la materia.

4. La cuestión de la inmunidad es delicada, como puede observarse en la apasionada defensa que hace el Relator Especial de la lógica de su informe y en el animado debate de la Comisión sobre el tema. De hecho, ningún abogado puede sostener que aplica la ley sin una predisposición ideológica o emocional, porque ni el derecho ni su aplicación están exentos de valores. Por lo tanto, la oradora no está de acuerdo en que se pueda decir que una determinada postura jurídica se justifica más si se defiende sin emoción. Las conclusiones a que llega el Relator Especial, por más que puedan ser puramente lógicas como sostiene, no son más que un corolario de su hipótesis declarada. En consecuencia, es más importante evaluar esa hipótesis que determinar si las conclusiones que de ella dimanar son meramente lógicas y la Comisión tiene que decidir si la acepta o no.

5. El punto de partida del Relator Especial es el principio de la soberanía del Estado y sus efectos, uno de los cuales es la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Básicamente, el Relator Especial sostiene que la inmunidad es absoluta. Por más que es evidente que la soberanía del Estado ocupa un lugar central en el derecho internacional, la forma en que se enfoca ese principio ha evolucionado en los últimos decenios. Se trata entonces de saber si también sus efectos han evolucionado y, en la afirmativa, hasta qué punto.

6. La oradora está de acuerdo con el argumento de que la índole de la inmunidad es procesal; sin embargo, sus consecuencias no lo son. Por lo tanto, la Comisión debe tener en cuenta sus consecuencias, ya que no solo sería ingenuo sino también irresponsable que se ocultara tras una mera referencia clínica a la índole procesal de la inmunidad.

7. En cuanto a la afirmación del Relator Especial de que hay necesariamente un vínculo entre la inmunidad derivada del principio de la soberanía del Estado, por una parte, y la responsabilidad del Estado, por la otra, la oradora no está totalmente convencida de que así ocurra siempre. La cuestión había sido planteada por el Sr. Melescanu en la sesión anterior. La oradora quiere citar dos ejemplos que indican que el argumento del Relator Especial adolece de problemas y puede refutarse.

8. El primer ejemplo dimana del fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de febrero de 2007, en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, en el cual la Corte dictaminó claramente que un Estado podía incumplir una obligación internacional a pesar de que no se hubiese establecido la responsabilidad individual antes de que se estableciera la responsabilidad del Estado. La Corte había rechazado el argumento del demandado de que era condición *sine qua non* que la responsabilidad del Estado estuviese fundada en la responsabilidad universal [párrafo 180 del fallo] y llegó a la conclusión de que «la responsabilidad internacional por genocidio y complicidad puede plantearse con arreglo a la Convención sin que haya una persona condenada por ese crimen u otro conexo» [párr. 182].

9. La fórmula empleada por la Corte es pertinente para la labor de la Comisión en dos sentidos. En primer lugar, indica que no hay necesariamente un nexo de procedimiento entre la institución de un proceso penal contra funcionarios del Estado y el establecimiento de la responsabilidad del Estado. De hecho, la Corte ha llegado a la conclusión de que se aplica también el razonamiento inverso. Por ejemplo, es cada vez más frecuente que se someta a la justicia a criminales de guerra que han actuado como representantes de un Estado sin que haya un proceso paralelo por el cual se determine la responsabilidad del Estado. El segundo aspecto pertinente a la labor de la Comisión se refiere a la categórica redacción del fallo de la Corte, que indicó que «cualquier otra interpretación podría significar que, en algunas circunstancias que es fácil concebir, no habría un recurso judicial con arreglo a la Convención [para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio]» [ibíd.].

10. Si se puede demostrar que no hay un nexo de procedimiento entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual, se plantea la pregunta de si el nexo entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la responsabilidad del Estado es tan sólido como aduce el Relator Especial. La oradora no cree que lo sea.

11. El segundo ejemplo de los problemas que plantea el argumento del Relator Especial se encuentra en su afirmación de que el Estado a cuyo servicio está el funcionario puede renunciar a la inmunidad y, de esa forma, permitir que el tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción penal sobre el funcionario en relación con un acto de *jure imperii*, o autoridad soberana. Si la inmunidad está necesariamente subordinada a la responsabilidad del Estado, se corre el riesgo de que el Estado a cuyo servicio esté el funcionario utilice la renuncia de inmunidad como instrumento para exonerarse de su responsabilidad a expensas del funcionario.

12. La cuestión consiste en si se ha de considerar que el problema de la relación entre la inmunidad y la responsabilidad del Estado entraña una jerarquía de normas o se trata de una excepción a una norma o un principio o las dos cosas. El Relator Especial respondió a esa pregunta centrándose en las excepciones a la inmunidad y, al hacerlo, dejó de lado la cuestión de la jerarquía de las

normas y su pertinencia al tema. Algunos, no el Relator Especial, han aducido que no puede aplicarse una jerarquía de normas al problema porque la responsabilidad del Estado se rige por normas sustantivas mientras que la inmunidad se rige por normas de procedimiento. Se comparte o no esa opinión, y la oradora no lo hace, la cuestión de la jerarquía de las normas debe tenerse en cuenta y analizarse y no se puede simplemente descartar.

13. No está claro por qué el Relator Especial indicó en su presentación oral que la inmunidad por crímenes de guerra o transgresiones del derecho internacional humanitario no queda comprendida en el ámbito de su informe. Sería muy lamentable excluir ese aspecto de la labor de la Comisión sobre el tema, ya que es precisamente en el campo del derecho internacional humanitario donde existe la obligación más sustantiva de procesar o extraditar y donde se ha analizado extensamente la cuestión de la exención, por razones de inmunidad, de esa obligación. La obligación de procesar o extraditar en casos de presuntos crímenes de guerra puede tener una relación directa con la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El militar contra el cual haya sospechas de que es criminal de guerra y que esté presente en el territorio de un país extranjero no goza necesariamente de inmunidad judicial en ese país, especialmente si su propio país no ha incoado una acción en su contra. Por lo tanto, la Comisión no debería excluir esos casos de su examen.

14. Si bien la Comisión ha decidido que no se ocupará de la inmunidad diplomática o consular porque esas formas de inmunidad se rigen por convenciones internacionales vigentes, hay algunos aspectos en que se puede superponer con la inmunidad de jurisdicción que hacen necesario examinarla. Por ejemplo, según noticias de prensa, el Reino Unido ha levantado la «inmunidad diplomática» del líder libio Muamar Al-Qadhafi y miembros de su familia. Esto plantea la cuestión de si, en una situación hipotética en que el Sr. Al-Qadhafi es detenido en el Reino Unido por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, tendría derecho a inmunidad de jurisdicción por tratarse de un Jefe de Estado en ejercicio y en vista de que el Reino Unido ha levantado exclusivamente su inmunidad diplomática.

15. Uno de los problemas con el tema de la inmunidad, si la Comisión acepta la postura del Relator Especial, consiste en que es aplicable a una amplia variedad de actos. En el curso del examen del tema en el 60.º período de sesiones de la Comisión, la oradora había manifestado que esta debería examinar las cuestiones relativas a los actos realizados en el territorio de un Estado extranjero tales como secuestro, homicidio cometido por un agente del servicio secreto extranjero y espionaje o reunión ilícita de inteligencia, ya que esos actos podían ser realizados por funcionarios del Estado que no son agentes diplomáticos acreditados en el Estado extranjero, lo cual impide que se recurra a la opción de la *persona non grata*. En los párrafos 155 a 165 del memorando de la Secretaría⁶⁷ se hace una breve referencia a esa cuestión, que merece un examen ulterior de la Comisión.

⁶⁷ A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones.

16. La forma en que se hace referencia a las fuentes en el segundo informe del Relator Especial suscita a veces confusión. Por ejemplo, en la nota del final del apartado *a* del párrafo 70, que había de fundamentar la afirmación de que la causa incoada en Francia contra Rose Kabuye, Jefe de Protocolo del Presidente de Rwanda, había sido desestimada, se remite al lector a la nota 19 del final del párrafo 12, pero, cuando el lector llega a ella, se encuentra con que el Relator Especial se limita a indicar que «[s]egún informaciones de prensa, la causa fue desestimada». La conexión de Internet que se indica para corroborar esa afirmación no lleva a un artículo concreto, sino a la portada del periódico de Rwanda *The New Times*⁶⁸. Esta forma de referencia resta verosimilitud al informe porque resulta más difícil al lector verificar las fuentes.

17. La oradora tiene también dificultades con la nota 14 del párrafo 10 del informe, que se remite a un informe del Grupo Especial de Expertos Técnicos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el principio de la jurisdicción universal. La nota da la impresión de que el informe recoge la opinión oficial tanto de la Unión Africana como de la Unión Europea y ciertamente no es así porque en el mandato del Grupo de Expertos se había puesto de manifiesto que los resultados de su labor no eran obligatorios para ninguna de esas organizaciones. Habida cuenta de que el informe resultó ser muy polémico, se induce a error cuando se hace referencia, como hizo el Relator Especial en las conclusiones enunciadas en el párrafo 91 del segundo informe, a las «recomendaciones» de los expertos porque con ello se da la impresión de que la Unión Europea y la Unión Africana aprobaron el informe.

18. Lo más importante para la Comisión en este momento consiste en decidir cómo se propone continuar su labor sobre el tema. Tiene a la vista un completo memorando de la Secretaría, dos extensos informes del Relator Especial⁶⁹ y una instrucción de la Asamblea General incluida en su resolución 65/26, de 6 de diciembre de 2010, de que asigne prioridad a su examen del tema (párr. 6). El Relator Especial se ha abstenido de recomendar en qué forma debe proceder la Comisión, salvo para sugerir en el párrafo 93 que podría examinar la cuestión de redactar un protocolo facultativo o cláusulas modelo sobre las restricciones o las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera. A juicio de la oradora, la Comisión debería decidir en términos más concretos cómo se propone avanzar en el tema y, a esos efectos, podría ser útil establecer un grupo de trabajo. Si bien coincide con el Relator Especial en que la Comisión debe examinar el tema desde la perspectiva *de lege lata*, no por ello ha de descuidar otra parte de su mandato, el desarrollo progresivo del derecho internacional.

19. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial) quiere asegurarse de haber entendido bien la descripción que hizo la Sra. Jacobsson de lo que expresó en su informe y de su

presentación introductoria con respecto al nexo necesario entre la responsabilidad del Estado y la inmunidad. Se pregunta si la Sra. Jacobsson entendió que él decía que el nexo entre la responsabilidad del Estado y la inmunidad era tal que cuando un Estado concede inmunidad para proteger a sus representantes de responsabilidad penal ya no se plantea la cuestión de su propia responsabilidad por un acto internacionalmente ilícito cometido por uno de sus representantes.

20. La Sra. JACOBSSON dice que entendió que el Relator Especial sostiene en su informe que debe haber siempre un nexo entre la responsabilidad del Estado y la inmunidad. En su declaración dio dos ejemplos para demostrar que puede haber casos en que no existe ese nexo, por lo cual la Comisión debe examinar más a fondo la cuestión.

21. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial) dice que su intención era indicar que debe aplicarse el mismo criterio, la atribución al Estado del acto del funcionario, cuando se hace valer la inmunidad *ratione materiae* que el que se aplica cuando se hace valer la responsabilidad del Estado por un acto internacionalmente ilícito. Eso era lo que había impugnado el Sr. Melescanu en la sesión anterior.

22. Como indicó en su segundo informe, si se emplea el mismo criterio de atribución, ni el hecho de que el Estado o el funcionario del Estado hagan valer la inmunidad o renuncien a ella exime al Estado de responsabilidad por el acto internacionalmente ilícito. Eso es muy distinto de lo que dijo la Sra. Jacobsson en sus observaciones sobre el informe. Básicamente, si se aplica el mismo criterio a los efectos tanto de la responsabilidad del Estado como de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, se pueden hacer valer simultáneamente la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal del funcionario del Estado. A la inversa, puede plantearse una situación en que se afirme y se reconozca la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y, sin embargo, la víctima del delito u otros que tengan derecho a hacerlo puedan aún hacer valer la responsabilidad del Estado con respecto al acto ilícito simplemente (o precisamente) porque es aplicable el mismo criterio de atribución. Los dos últimos párrafos del resumen de su tercer informe (A/CN.4/646), que ha distribuido a los miembros de la Comisión, se refieren concretamente a esta cuestión en particular.

23. La Sra. JACOBSSON dice que la cuestión de si debe haber un nexo entre la inmunidad y la responsabilidad del Estado en la forma que indica el Relator Especial es delicada. La forma en que se resuelva puede repercutir en la labor de la Comisión, especialmente si decide extender a todos los funcionarios del Estado la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por su parte no está totalmente convencida de que exista siempre ese nexo y el Sr. Melescanu parece compartir su opinión. Al citar el ejemplo de un Estado que utiliza la renuncia a la inmunidad como instrumento político para eximirse de responsabilidad, simplemente trató de destacar que esa renuncia podía usarse como argumento de derecho o como forma de maniobra política. Por esa razón, hay que examinar minuciosamente el argumento del Relator Especial antes de que la Comisión prepare proyectos de artículos sobre esa base.

⁶⁸ La versión editada del informe, incluida en el anuario correspondiente al período de sesiones de la Comisión de 2010, contiene la referencia precisa: «Judicial restrictions on Rose Kabuye lifted», 26 de septiembre de 2009.

⁶⁹ El informe preliminar aparece reproducido en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, y el segundo informe en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

24. El Sr. VARGAS CARREÑO dice que el segundo informe del Relator Especial denota un esfuerzo de investigación y las propuestas que presenta son, por lo general, realistas y se basan en la jurisprudencia y práctica internacionales. Es cierto que algunos miembros de la Comisión no comparten esas propuestas, que no toman en consideración las más modernas tendencias del derecho internacional, pero ello no significa que haya que prescindir de este meritorio trabajo del Relator Especial respecto de una materia difícil y compleja, pero de gran importancia.

25. Para avanzar en su labor en la materia, la Comisión debería decidir cuál ha de ser el próximo paso a la luz de tres consideraciones de importancia. La primera es que, en vista de que el quinquenio está por terminar, la Comisión tiene muy poco tiempo para dedicar al tema, que coincidirá con otros trabajos más urgentes en la segunda parte del período de sesiones. La segunda es que, como se vio desde que comenzó el examen del tema, existen discrepancias aparentemente insalvables entre algunos miembros respecto de ciertas cuestiones. La tercera consideración es la inquietud expresada por muchas delegaciones en la Sexta Comisión por los escasos progresos alcanzados hasta ahora y la conclusión a que llegaron de que se debe asignar especial prioridad al tema en el período de sesiones en curso. Por lo tanto, el orador hace suya la propuesta de la Sra. Jacobsson de que se establezca un grupo de trabajo sobre la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

26. El grupo de trabajo que se propone podría reunirse durante la primera parte del período de sesiones con el solo objeto de determinar los temas que abordaría la Comisión y se incluirían en su informe anual a la Asamblea General. En la segunda parte del período de sesiones, el grupo de trabajo podría formular principios generales respecto de esas cuestiones y presentarlos en sesión plenaria de la Comisión para su aprobación. Los principios que se propongan deberían ser breves y referirse tan solo a los aspectos fundamentales del tema, como los fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y el alcance y el contenido de la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* y, especialmente, cómo esas inmunidades de los funcionarios del Estado se ven afectadas por la comisión de determinados delitos. El grupo de trabajo podría también indicar los delitos tipificados en derecho internacional con respecto a los cuales no se puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción.

27. La fuente principal que debería utilizar el grupo de trabajo debería ser, desde luego, el segundo informe del Relator Especial, aunque también podrían considerarse el informe preliminar, el resumen del tercer informe y los fallos más importantes de la Corte Internacional de Justicia, como el fallo en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y en el asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. El grupo de trabajo debería examinar las opiniones concurrentes y disidentes de los magistrados en esas decisiones.

28. El grupo de trabajo podría también tener en cuenta las sentencias de tribunales nacionales sobre la materia,

entre ellas el fallo de marzo de 1999 de la Cámara de los Lores del Reino Unido en la apelación de la decisión relativa a la inmunidad del exdictador chileno Augusto Pinochet (*Pinochet n.º 3*), incluidas las opiniones de los siete magistrados que intervinieron en esa causa, y el fallo del Tribunal de Apelación de Amsterdam de noviembre de 2000 en la causa *Bouterse*. También se han de encontrar importantes aportaciones al tema de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera en la doctrina y, como ejemplo, cabe mencionar el informe del Instituto de Derecho Internacional titulado «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international»⁷⁰. Hay, pues, suficientes antecedentes para que la Comisión pueda en el período de sesiones en curso avanzar en el tema y cumplir con el mandato de la Asamblea General de asignarle alta prioridad. La Comisión podría entonces aprobar un proyecto de texto en su 64.º período de sesiones y apuntar a concluir su labor respecto del tema en el próximo quinquenio.

29. Gran parte de los principales temas que la Comisión debería abordar en el período de sesiones en curso figuran en el segundo informe del Relator Especial. Sin embargo, el primero de ellos, el fundamento de las inmunidades, se examina primordialmente en el informe preliminar. Con respecto a las conclusiones del Relator Especial, que aparecen en los párrafos 102 y 103 de ese informe⁷¹, cabe subrayar que la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene varios fundamentos complementarios y relacionados entre sí, como los principios de derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados, la no injerencia en los asuntos internos de los Estados y la necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y la independencia de los Estados en la realización de sus actividades. Si bien, normalmente, la inmunidad de jurisdicción constituye un impedimento para la aplicación de la responsabilidad penal, no siempre ocurre así. Las conclusiones de la Comisión deberían indicar expresamente que la inmunidad de jurisdicción en modo alguno debe tener por objeto facilitar la impunidad de los responsables de crímenes graves definidos por el derecho internacional. Las conclusiones deberían fundamentalmente referirse a la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* de los funcionarios del Estado. Salvo detalles que podrían verse en el grupo de trabajo propuesto, las propuestas y conclusiones del Relator Especial parecen apropiadas para el examen del tema por la Comisión en el futuro.

30. La inmunidad *ratione materiae* debe abarcar solamente los actos realizados por el funcionario en ejercicio de sus funciones oficiales y no debería extenderse a todos los actos realizados por el funcionario antes de asumir su cargo. En cuanto a la inmunidad *ratione personae*, esta debe limitarse a quienes ejercen altos cargos del Estado y a los actos realizados mientras se ejerce el cargo. La inmunidad personal cesa cuando el funcionario deja de ejercer su cargo.

⁷⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 3 y ss. (disponible en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org).

⁷¹ *Anuario...* 2008, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 192 y 193.

31. La lista de funcionarios que gocen de esta inmunidad personal debe ser lo más breve posible. Según el derecho internacional consuetudinario, solo debería comprender a la «tríada» de jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores; sin embargo, también podría incluirse en la lista a quienes los subrogan o a quienes actúan cumpliendo sus funciones, como un príncipe heredero o un subsecretario de relaciones exteriores. También quedan comprendidos en la inmunidad personal funcionarios tales como los diplomáticos, los cónsules y los funcionarios en misión especial con arreglo a la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y la Convención de 1969 sobre Misiones Especiales. En todo caso, la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* debe aplicarse restrictivamente, dada la importancia que en las relaciones internacionales tienen los funcionarios.

32. El mayor problema que plantea hoy la materia es la posibilidad de que las diversas formas de inmunidad de jurisdicción amparen a los autores de crímenes graves, especialmente los que están penados por el derecho internacional, como señaló el Sr. Dugard. La inmunidad *ratione materiae* parece presentar menos dificultades. Con la evolución del derecho internacional en los últimos años, nadie podría aducir que dentro de las funciones de quienes ocupan altos cargos se cuenta la comisión de crímenes. A este respecto, el Relator Especial cita en su informe la opinión de varios magistrados del Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso *Pinochet n.º 3*. El orador por su parte quiere citar al Presidente de ese Comité, Lord Browne-Wilkinson quien llegó a la conclusión de que:

[...] si el Senador Pinochet, como se ha denunciado, organizó y autorizó torturas después del 8 de diciembre de 1988, no estaba actuando en ninguna capacidad que le diera derecho *ratione materiae* a inmunidad porque esos actos eran contrarios al derecho internacional. Chile había convenido en que esa conducta era ilegal y, junto con otros Estados partes en la Convención contra la Tortura [y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], había establecido que todos los Estados signatarios deberían tener jurisdicción para juzgar a los funcionarios (como se encuentran definidos en la Convención) que han torturado, incluso si las torturas fueron cometidas en Chile⁷².

Posteriormente, el Secretario del Interior dio autorización para proceder a la extradición del General Pinochet por crímenes de tortura y conspiración cometidos después del 8 de diciembre de 1988.

33. El Relator Especial cita también otras decisiones judiciales como excepción a la inmunidad *ratione materiae*, como el fallo del Tribunal de Apelación de Ámsterdam de noviembre de 2000 en la causa *Bouterse*, relativa al dictador Desiré Delano Bouterse, autor de varios asesinatos, en el cual el Tribunal observó que «la comisión de graves delitos penales de esta índole no puede considerarse parte de las funciones oficiales de un jefe de Estado»⁷³.

34. De hecho, el grupo de trabajo podría considerar cuáles son los crímenes que bajo ningún aspecto pueden considerarse actos oficiales, incluidos los tipificados como crímenes por el derecho internacional. Tal vez la

mejor solución sería utilizar las definiciones de crímenes de la competencia de la Corte que figuran en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Es cierto que se trata de situaciones distintas, pero la ventaja de utilizar el Estatuto de Roma consiste en que ya existe un consenso en torno a esos crímenes. Hay también una razón práctica; para ratificar el Estatuto de Roma, varios Estados tuvieron que modificar su propia legislación penal.

35. Más difícil es la solución al problema de los delitos cometidos por funcionarios que tienen inmunidad *ratione personae* y cabe formular varias observaciones con respecto a la postura del Relator Especial en ese contexto. El orador no comparte la opinión del Relator Especial de que los altos funcionarios de Estado tengan inmunidad antes de asumir sus cargos. No es conveniente expresar en forma tan rotunda que esa inmunidad debe siempre considerarse absoluta; el Estatuto de Roma no lo hace con respecto a los jefes de Estado y de gobierno.

36. Es cierto que es difícil encontrar ejemplos en la práctica en que no se haya reconocido inmunidad personal respecto de crímenes internacionales. El único ejemplo que cita el Relator Especial procede de un artículo de la profesora Brigitte Stern, según el cual un tribunal de Belgrado en el año 2000 condenó a 20 años de presidio a 14 Jefes de Estado o de Gobierno de países occidentales, entre ellos Bill Clinton, Tony Blair y Jacques Chirac, por actos realizados en Yugoslavia por la OTAN; la autora ha afirmado que ese ejemplo demuestra los efectos contraproducentes que puede tener el hecho de levantar la inmunidad de exfuncionarios⁷⁴.

37. Si bien existe consenso en que no puede haber inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* respecto de graves crímenes internacionales, no lo hay respecto de si la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* comprende todo tipo de crímenes. La Comisión podría abordar esa cuestión con miras a llegar a una solución que concilie las normas establecidas del derecho internacional con la necesidad de desalentar la impunidad. Una útil base para los trabajos podría ser el párrafo 1 del artículo III de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes internacionales que aprobó el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Nápoles en 2009 y según la cual: «con respecto a los crímenes internacionales no se aplicará otra inmunidad de jurisdicción que la inmunidad personal de conformidad con el derecho internacional»⁷⁵. Esa postura no es tan categórica como la afirmación del Relator Especial de que la inmunidad *ratione personae* siempre es absoluta, y podría ser más aceptable ya que fue aprobada en el período de sesiones de Nápoles por una abierta mayoría de los participantes.

⁷⁴ B. Stern, «Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et des chefs d'État en cas de crime de droit international?», en Marcelo G. Kohen (ed.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*: Liber Amicorum Lucius Caflish, Leyden, Martinus Nijhoff, págs. 513 a 549, en particular pág. 526.

⁷⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (véase la nota 70 supra), pág. 230.

⁷² *International Law Reports*, vol. 119 (2002), pág. 157.

⁷³ *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), pág. 277, párr. 4.2.

38. Para concluir, el orador encomia al Relator Especial por su labor ya que, a pesar de las discrepancias entre los miembros, el informe constituirá una útil base para la labor de la Comisión sobre el tema en el futuro. Hace suya resueltamente la propuesta de establecer un grupo de trabajo, con la activa participación del Relator Especial, para que prepare un breve informe que se refiera a los fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y a los elementos que caracterizan la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae* y explique si la comisión de ciertos crímenes afecta o no a esa forma de inmunidad. El informe se incluiría en el informe anual de la Comisión a la Asamblea General y podría ser el punto de partida para el examen del tema en el 64.º período de sesiones de la Comisión.

39. El Sr. PELLET dice que es difícil ser breve con respecto a un importante tema que ha dado lugar a un debate de tan alto nivel. Las cuestiones de principio que se han planteado tienen importantes consecuencias que no pueden tomarse a la ligera. Será difícil avanzar respecto del tema hasta que se llegue a un acuerdo acerca de esas cuestiones de procedimiento, así como del procedimiento esbozado por el Relator Especial en el resumen de su tercer informe.

40. El segundo informe del Relator Especial es un buen informe, habida cuenta de su notable documentación científica, si bien el orador comparte las reservas de la Sra. Jacobsson respecto de las notas; constituye otro ejemplo la nota del párrafo 79 que se refiere al resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones⁷⁶ y que recoge la opinión no de la Sexta Comisión de la Asamblea General sino solo de algunas de las delegaciones. El análisis de los textos que se examinan en el segundo informe, si bien parece riguroso, de hecho es bastante sesgado. Su única crítica respecto de la forma del informe consiste en el gran número de notas de pie de página con información importante que se podía haber incorporado en el cuerpo del informe.

41. Es realmente lamentable, entonces, que el informe sea tan bueno porque parte de premisas erróneas. El Relator Especial llega a conclusiones muy dudosas, lo que da al informe el carácter de una forma de alegato *pro domo sua*, más que de una exposición imparcial de los hechos, que es lo que debería hacer un informe preliminar. De hecho, el llamado segundo informe complementa el informe preliminar que se ha examinado en el 60.º período de sesiones en 2008. A la sazón, él y varios otros miembros expresaron sorpresa por el hecho de que en el informe preliminar no se hiciera una distinción entre los problemas relativos a la inmunidad por delitos comunes y por crímenes «graves». El Relator Especial había respondido que esas cuestiones se examinarían en el segundo informe, y lo ha hecho, aunque en forma para nada convincente.

42. Si bien el orador no concuerda totalmente con el Sr. Dugard, este indicó en forma clara y convincente en la sesión anterior cuál era el problema con el tema. No va a llegar tan lejos como Víctor Hugo y decir que es «una

batalla entre la noche y el día»; sin embargo, ve que coexisten dos conceptos en conflicto respecto del papel de la Comisión e incluso del propio derecho internacional. El planteamiento del Relator Especial (el alegato *pro domo*) se basa en un concepto absoluto de soberanía que obsta a la posibilidad de establecer excepción alguna a la inmunidad absoluta de los jefes de Estado cuando gozan de inmunidad *ratione personae*.

43. El orador bien sabe que el Relator Especial reconoce la necesidad de distinguir la inmunidad *ratione materiae* de la inmunidad *ratione personae*; más aún, en general no tiene problemas con el análisis de la inmunidad *ratione materiae* que hace el Relator Especial ni con la mayor parte de las conclusiones a que se llega en los párrafos 94 a a m del segundo informe. Sin embargo, lo fundamental en el debate actual es el concepto hiperwestfaliano que enuncia el informe. Como observa la Sra. Jacobsson, remonta a la Comisión a la época en que únicamente el Estado era sujeto de derecho internacional y nada de lo que hiciera podía entrañar responsabilidad para él. A diferencia de algunos otros miembros de la Comisión, el orador comparte la opinión del Relator Especial de que la inmunidad de los jefes de Estado es consecuencia de la inmunidad del Estado. Sin embargo, así como la soberanía del Estado no es un principio absoluto según el cual los Estados pueden hacer lo que quieran, tampoco los jefes de Estado pueden eludir las consecuencias de sus actos, cualesquiera que sean, so pretexto de que representan al Estado. La representación no les confiere todos los derechos, tal como la soberanía no da al Estado el derecho de hacer lo que quiera. Como tan bien observó un miembro de la Comisión, esa postura no se sostiene en 2011.

44. En la sesión anterior, el Sr. Dugard dijo que no quería entrar en un debate acerca de lo que constituye la norma y la excepción en cuanto a la concesión de inmunidad, pero el orador coincide con el Sr. Melescanu en que esa cuestión es central en el debate. Está convencido de que la cuestión no debe tratarse como lo ha hecho el Relator Especial, que afirma que el principio básico es la inmunidad absoluta de las autoridades del Estado, o por lo menos, de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores, pero el propio orador, al igual que el Sr. Vargas Carreño, se pregunta quién más podría tener esa inmunidad absoluta, ya que el Relator Especial dejó abierta la cuestión.

45. La falta de inmunidad de jurisdicción penal no es más que una excepción, de la cual el Relator Especial no encontró rastro en el derecho positivo. Sin embargo, ese postulado tan sencillo es inaceptable porque equivale a negar todos los avances que se han logrado en derecho internacional desde que terminó la Primera Guerra Mundial y, en particular, a partir de la Segunda Guerra Mundial al avanzar la idea de la comunidad internacional y cobrarse conciencia, aunque sea en grado limitado, de que hay intereses más altos que prevalecían sobre los de cada uno de los miembros de esa comunidad. Esos intereses superiores se recogen en el concepto de *jus cogens* en derecho internacional general.

46. Tales intereses de la comunidad internacional son todavía limitados y rudimentarios, pero existen y revisiten importancia fundamental para la forma en que la

⁷⁶ A/CN.4/588, párr. 161.

Comisión ha de enfocar el tema: de ese orden público internacional ha surgido que el principio importante no es la inmunidad sino la responsabilidad tanto del Estado como de sus representantes por unos pocos crímenes muy graves y que los autores de esos crímenes, ya fueran el Estado, organizaciones internacionales o personas, podrían ser procesados sin que tuvieran inmunidad.

47. Refiriéndose al intercambio anterior de opiniones entre la Sra. Jacobsson y el Relator Especial acerca del nexo entre la responsabilidad de la persona y la del Estado, el orador dice que no comparte la opinión de la Sra. Jacobsson y el Sr. Melescanu, sino la del Relator Especial. Si bien es cierto que, en algunas situaciones excepcionales, puede haber una disyunción entre la responsabilidad del Estado y la de sus líderes, prácticamente en todos los casos los líderes son responsables en virtud de sus funciones, aunque hayan actuado *ultra vires*. Cabe también sostener que el Estado incurre en responsabilidad en razón de los actos de sus representantes.

48. En todo caso, la Comisión está examinando únicamente crímenes graves que constituyen infracciones graves de obligaciones establecidas por normas perentorias del derecho internacional general. Como ha dicho tantas veces el orador al examinar los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁷, en particular los artículos 40 y 41, una de las principales consecuencias que dimanar de esa categoría especial de actos internacionalmente ilícitos consiste en que, en esas situaciones, el Estado se hace transparente. Además, es justamente en esos casos en que se puede investigar la responsabilidad individual de los líderes, entre ellos los jefes de Estado, que no pueden ocultarse tras la fachada del Estado y quedar exentos de esa responsabilidad.

49. En esos casos, y tal como observó el Tribunal de Nuremberg en su fallo, «los crímenes contra el derecho internacional fueron cometidos por hombres, no por entidades abstractas»⁷⁸; de esta forma, el Estado, que es también responsable, se hace transparente y su personalidad no puede obstar a la responsabilidad penal de la persona. Así se ha proclamado en muchos tratados internacionales, entre ellos algunos que son resultados de los trabajos de la Comisión, como los Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg⁷⁹, el fallo del Tribunal de 1950 y otros mencionados por el Sr. Dugard en la sesión anterior.

50. Es importante asimismo no confundir una norma de fondo con una norma de competencia, como parecen haber hecho los magistrados disidentes en la causa *Al-Adsani c. el Reino Unido*, que también citó el Sr. Dugard.

⁷⁷ Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El texto del proyecto de artículos con sus comentarios aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones se reproduce en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

⁷⁸ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, vol. I, Nuremberg, 1947, pág. 235.

⁷⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12 (A/1316)*, párrs. 95 a 127. El texto de los Principios de Nuremberg aparece reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45.

En otras palabras, a diferencia de los magistrados disidentes en esa causa, el orador no afirmaría que las normas de *jus cogens* de cuya infracción estaban acusados los demandantes, y que incluían la prohibición de la tortura, prevalecían respecto de las normas relativas a la competencia, así como tampoco afirmaría que la Corte Internacional de Justicia podía haber ejercido en la causa *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)* competencia que no tenía, so pretexto de que el demandante aducía que el demandado era responsable de la infracción de una norma de *jus cogens*. Ese razonamiento lleva a confundir las normas de fondo con las de competencia y, por lo tanto, el orador no puede hacer suyas las opiniones expresadas por la Sra. Jacobsson al respecto.

51. Una vez dicho eso, habría llegado a la misma conclusión que los magistrados disidentes al observar que, en ese caso, simplemente no había inmunidad; el resultado era el mismo pero el razonamiento es muy distinto y, con el debido respeto, es más preciso. En términos más amplios, huelga decir que la Corte Internacional de Justicia no sería competente para procesar a un acusado de crímenes de genocidio o de agresión, puesto que la Corte no es competente para fallar sobre la responsabilidad individual. Esa situación, la incompetencia de la Corte, no es consecuencia de la inmunidad de la persona de que se trate sino de las normas de la competencia de la Corte. En cambio, si un tribunal penal nacional o internacional es competente para procesar al autor de ciertos crímenes internacionales cuya sanción quiere la comunidad internacional, el autor no tiene fundamento para hacer valer la inmunidad simplemente porque no hay inmunidad. También en este caso el razonamiento es distinto y se basa en la competencia del tribunal de que se trate y, sin embargo, el resultado es el mismo.

52. Una vez establecido el principio básico de la responsabilidad y, por lo tanto, la ausencia de inmunidad, se plantean dos preguntas. En primer lugar, ¿cuándo prevalece la responsabilidad con respecto a la comunidad internacional? Y, en segundo lugar, ¿hay excepciones a esa responsabilidad en la forma de inmunidad de jurisdicción penal y, en la afirmativa, ante qué tribunales?

53. En cuanto a la primera pregunta, en una sociedad como la comunidad internacional, en que la unidad y solidaridad son tan escasas, habría muy pocos casos de responsabilidad absoluta y probablemente se trataría de casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, agresión, tortura y crímenes de guerra, aunque únicamente de ser cometidos en forma sistemática y en gran escala. Hay que tener cierta prudencia respecto de las normas de *jus cogens*, de manera de no banalizarlas.

54. Su respuesta a la segunda pregunta es un categórico no: no puede haber excepciones en esos raros casos de responsabilidad absoluta en que el Estado se hace transparente y quienes actúan en su representación no tienen posibilidad de inmunidad, a menos que se considere que la incompetencia del tribunal constituye una excepción. En todo caso, es un problema totalmente distinto.

55. Así, el segundo informe es un buen ejemplo de un alegato *pro domo*, pero, en vista de que su premisa

subyacente es errónea o está incompleta, no puede llegar a las debidas conclusiones. Para parafrasear a Blaise Pascal, que habló alguna vez de «curiosa justicia que un río demarca»⁸⁰, se trata de una curiosa ciencia que hace caso omiso de un siglo de evolución de ese ámbito del derecho y solo presta atención a las autoridades, todas las cuales tienen los ojos puestos resueltamente en el pasado.

56. El orador no se propone examinar uno por uno los argumentos del Relator Especial, ya que el Sr. Dugard ha demostrado que se pueden refutar. Es cierto que si uno contempla la situación estrictamente desde el punto de vista del derecho positivo, no todos los argumentos apuntan necesariamente en esa dirección. El desafortunado fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ha sin duda reforzado el argumento en favor de la inmunidad absoluta. El orador ha expresado varias veces su disconformidad con lo que considera una de las decisiones más deplorables que haya tomado la Corte desde 1923, no tanto porque el razonamiento no se sostiene sino porque la Corte bien podría haber llegado a las mismas conclusiones, que el orador aprueba, sobre la base de fundamentos totalmente distintos, esto es, los relativos a la competencia de los tribunales belgas. La Corte optó por echar un balde de agua fría sobre los auspiciosos acontecimientos a que habían dado lugar las causas *Pinochet* ante la Cámara de los Lores y *Qadhafi* ante la Corte de Casación de Francia.

57. La Comisión, si bien debe tener atentamente en cuenta la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, no está obligada a hacer suyo todo su tortuoso razonamiento, incluidos sus errores; en primer lugar, no hay una relación jerárquica entre las dos instituciones y, en segundo lugar, no cumplen las mismas funciones. La Corte tiene que fundar sus decisiones en el derecho positivo, la *lex lata* (aunque no está claro si en el asunto que mencionó el orador ya existía), mientras que la primera obligación de la Comisión consiste en el desarrollo progresivo del derecho internacional. La Comisión tiene material más que suficiente a su disposición para optar por el buen camino, en otras palabras, para consolidar la tendencia que tan torpemente interrumpió la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 2002 en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

58. Básicamente por estas razones, a pesar de su estima por el Relator Especial, su conciencia le lleva a apoyar las observaciones del Sr. Dugard, el Sr. Melescanu, la Sra. Jacobsson y el Sr. Vargas Carreño e instar a la Comisión a que no siga considerando el tema hasta que no haya considerado la dirección general en que el Relator Especial desea llevarla. Coincide con la Sra. Jacobsson y el Sr. Vargas Carreño en que la cuestión debería abordarse en un grupo de trabajo que, espera, sea presidido por el Relator Especial o por un miembro de su confianza. Espera también que el grupo de trabajo lleve la labor de la Comisión en una dirección en que haya más probabilidades de cumplir las expectativas que muchos miembros, así como organizaciones y activistas de derechos

humanos, depositan en una juiciosa reorientación del derecho internacional en interés de la comunidad internacional en su conjunto.

59. El Sr. PETRIČ dice que el segundo informe del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado constituirá una buena base para el debate porque es producto de una investigación sustancial de la práctica de los Estados, la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales y la doctrina pertinente.

60. Alguna de las opiniones y conclusiones a que llega el Relator Especial como resultado de su investigación, especialmente las relativas a las excepciones a la inmunidad, han de provocar necesariamente una reacción y propiciar un intercambio de opiniones, con lo que se promoverá el debate en la Comisión de este tema delicado pero importante. En los párrafos 90 a 93 y 94 *n* y *o* del informe, el Relator Especial probablemente esté expresando sus propias opiniones en lugar de proponer una postura para su aprobación por la Comisión. De hecho, varios oradores anteriores han utilizado básicamente las mismas fuentes, la práctica del Estado, la jurisprudencia y la doctrina, para llegar a conclusiones bastante distintas de las del Relator Especial.

61. La Carta de las Naciones Unidas autoriza a la Comisión a proceder al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, en otras palabras, a redactar instrumentos jurídicos multilaterales para presentarlos a los Estados. Este es el objetivo que tiene la Comisión al examinar el tema. La esencia de la codificación consiste en convertir el derecho consuetudinario vigente en un proyecto de tratado. La existencia de normas consuetudinarias, que han de encontrarse en la práctica de los Estados y en la *opinio juris*, es requisito *sine qua non* para cualquier obra de codificación. El desarrollo progresivo debe ir a la par de la codificación e ir más allá del derecho consuetudinario vigente. En todo caso, no significa que deba hacerse en forma empecinada o que no haya límites. La codificación debe ser pertinente y tener en cuenta las tendencias en el derecho internacional, la evolución de los valores humanos y la realidad de la comunidad internacional. El desarrollo progresivo del derecho internacional puede ir un paso por delante del derecho internacional consuetudinario existente, pero tiene que ser un paso prudente que dé cabida a la necesidad de regular algún aspecto nuevo de importancia para la comunidad internacional y para cada Estado y, al mismo tiempo, promover la cooperación entre ellos, su coexistencia y sus intereses comunes.

62. En la mayoría de los casos, la labor de la Comisión combina la codificación y el desarrollo progresivo y lo mismo debe ocurrir en el tema que se examina. En consecuencia, la Comisión debe estudiar no solo las normas existentes de derecho consuetudinario sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado, sino también las necesidades y expectativas de la comunidad internacional, los valores y las tendencias en las ciencias jurídicas y las necesidades de la sociedad humana. Por más que la codificación del tema esté vinculada con la práctica actual de los Estados, el desarrollo progresivo debe mirar hacia el futuro y prever problemas que puedan plantearse

⁸⁰ B. Pascal, *Pensées, lettres et opuscules divers*, París, Napoléon Chaix et Cie, 1864, cap. III, pág. 83 (fuente: gallica.bnf.fr/Bibliothèque nationale de France, <http://gallicalabs.bnf.fr>).

en él. En general, el segundo informe del Relator Especial parece estar vinculado en forma demasiado estrecha a la *lex lata*, que está lista para su codificación, pero no tiene debidamente en cuenta las posibilidades de desarrollo progresivo.

63. La medida en que debe proceder al desarrollo progresivo es el principal dilema a que hace frente la Comisión en su labor sobre el tema. Por una parte, el principio de la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está bien establecido en derecho internacional consuetudinario. Ese principio se examina en el informe preliminar del Relator Especial⁸¹ y en la primera parte de su segundo informe. Por la otra, las tendencias recientes en la práctica de los Estados, la jurisprudencia, las opiniones disidentes de magistrados de tribunales internacionales y la doctrina se centran en el principio vital de la no impunidad de los crímenes consagrados en derecho internacional. El concepto tiene sus raíces en las decisiones del Tribunal de Nuremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), la Corte Penal Internacional y diversos tribunales internacionales especiales. Su corolario es la idea de la jurisdicción universal respecto de los crímenes más graves.

64. No se puede negar que el derecho internacional reconoce la inmunidad de los funcionarios del Estado. Ese principio, bien establecido, dimana de la necesidad de cooperación entre los Estados y, al igual que la inmunidad diplomática, reviste gran utilidad. Sin embargo, tampoco se puede negar que en el mundo contemporáneo existe la expectativa de que los autores de crímenes tipificados por el derecho internacional no queden impunes y, de hecho, la necesidad de cerciorarse de que así ocurra. Sería posible conciliar los dos tipos de exigencias autorizando excepciones a la inmunidad respecto de los crímenes contra el *jus cogens*. La Comisión tendría que estudiar cuán lejos puede llegar en esa tarea de conciliación. Esa sería la principal función del grupo de trabajo que se estableciera sobre el tema. Habida cuenta de que la mitad del segundo informe del Relator Especial está dedicado a excepciones a la inmunidad, es evidente que considera que la cuestión de qué hacer con la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado en caso de crímenes contra el derecho internacional constituye la cuestión fundamental en las deliberaciones de la Comisión. Por su parte, no está de acuerdo con la opinión del Relator Especial de que se puede admitir una sola excepción.

65. El orador tiene reservas en cuanto a las opiniones del Relator Especial respecto del comportamiento *ultra vires* de los funcionarios del Estado. Los funcionarios del Estado que actúan *ultra vires* ya no están actuando según las instrucciones del Estado o en el marco de sus funciones oficiales. La inmunidad *ratione materiae* de un funcionario es una continuación de la inmunidad del Estado. Habida cuenta de que un acto *ultra vires* no constituye un acto realizado en el contexto de funciones oficiales y no ha sido autorizado por el Estado, la inmunidad *ratione materiae* no debe extenderse a él.

66. El orador también tiene reservas en cuanto a los párrafos 35 a 37 del informe. La investigación que realizó por su cuenta le ha llevado a la conclusión de que la inmunidad *ratione personae* es un reflejo de la soberanía del Estado y, por lo tanto, tiene que limitarse a los funcionarios del Estado que representen al Estado soberano. Ningún alto funcionario que no sea jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores tiene derecho a la inmunidad *ratione personae*. Los «altos funcionarios del Estado» y «algunos otros funcionarios» a que se hace referencia en los párrafos 35 y 36 del informe, respectivamente, tienen inmunidad *ratione materiae* que les permite desempeñar sus funciones sin obstáculos.

67. Por lo demás, la inmunidad constituye una necesidad lógica únicamente con respecto a los actos oficiales; no debe aplicarse a los actos realizados a título privado. La inmunidad *ratione personae*, cuyo origen histórico se encuentra en el siglo XIX e incluso antes, no debe extenderse a otros funcionarios del Estado que ya tienen inmunidad *ratione materiae*.

68. Pasando a la parte esencial del informe, que se refiere a las excepciones a la norma de inmunidad, el orador observa que el Relator Especial manifiesta en el párrafo 54 que «nos referimos aquí a las excepciones a la inmunidad que están basadas en el derecho consuetudinario internacional». Esa limitación es importante. El Relator Especial agrega que «[n]o cabe duda de que es posible establecer exenciones o excepciones a la inmunidad mediante la concertación de tratados internacionales». Esta conclusión es aún más importante. Si bien en derecho consuetudinario efectivamente hay algunas excepciones claramente establecidas a la inmunidad, de la misma manera podrían quedar establecidas en tratados bilaterales o multilaterales. Justamente la tarea de la Comisión consiste en preparar un proyecto de tratado multilateral sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado que establezca excepciones a la inmunidad y represente un desarrollo progresivo del derecho internacional. Debe reflejar los valores y las necesidades actuales de la comunidad internacional al incorporar el principio de no impunidad respecto de los crímenes comprendidos en normas de *jus cogens*.

69. En el párrafo 56 de su informe, el Relator Especial enuncia varios criterios posibles para establecer excepciones a la inmunidad, tomados de la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales, la doctrina del Instituto de Derecho Internacional y la postura de organizaciones no gubernamentales. En los párrafos siguientes se explaya acerca de esos criterios y llega a la conclusión de que «los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no son suficientemente convincentes» (párr. 94 n). La Comisión, sin embargo, debería buscar más excepciones que el único ejemplo aceptado por el Relator Especial y tratar de hallar argumentos convincentes para sustentarlas. La forma en que el Relator Especial opta por expresar sus conclusiones es acertadamente prudente, habida cuenta del análisis que hace en los párrafos 57 a 59 del informe. No descarta por completo la posibilidad de que existan otras excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. En varias partes del informe presenta opiniones distintas y

⁸¹ Anuario... 2008, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

contradictorias, como las opiniones de los magistrados disidentes en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. Habla de opiniones «generalizadas» en apoyo de las excepciones a la inmunidad pero señala que «no está totalmente claro por qué la gravedad de un acto delictivo» podría servir de fundamento para una excepción de esa índole (párr. 61). La conclusión a que llega, sin embargo, es clara: no se encuentran en derecho internacional consuetudinario normas sobre las excepciones a la inmunidad. No menciona para nada el desarrollo progresivo.

70. La Comisión no tiene tiempo suficiente para examinar en detalle todos los argumentos, bien documentados, que presenta el Relator Especial. Este afirma en el párrafo 61 de su informe que no está claro por qué los crímenes más graves dejarían de atribuirse al Estado y perderían su carácter oficial, con lo cual constituirían un fundamento de la excepción de inmunidad. La respuesta es simplemente que es en razón de la gravedad especial de los crímenes: esos actos criminales no perderían su carácter oficial y seguirían siendo un acto de Estado, pero en razón de su gravedad como infracciones de normas perentorias de derecho internacional, sus autores no deberían tener inmunidad. En cualquier conflicto entre las normas de inmunidad y las normas de *jus cogens*, es razonable que prevalezcan estas últimas. Se encuentra en la doctrina un apoyo considerable a esa postura.

71. En el párrafo 64, el Relator Especial aduce que la norma relativa a la inmunidad es procesal y no afecta a la tipificación de actos contra el *jus cogens*. Si bien ello es cierto, nada obsta para instituir excepciones a la inmunidad a fin de salvaguardar el principio de la no impunidad. También es difícil aceptar las conclusiones enunciadas en los párrafos 68 y 69 del informe. Las normas del derecho internacional relativas al castigo de los criminales de guerra que se establecieron en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia han tenido importantes consecuencias en cuanto a la *opinio juris*. El hecho de que las Potencias del Eje no hubiesen hecho valer la inmunidad es improcedente, porque no estaban en situación de hacerlo.

72. En el párrafo 72 de su informe, el Relator Especial discrepa de la opinión de que la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario no opera cuando el crimen de que se trate sea uno respecto de los cuales un Estado extranjero ejerce jurisdicción penal universal. En cambio, señala en el párrafo 74 que, «a primera vista» la posibilidad de ejercer jurisdicción universal con respecto a crímenes internacionales graves está consagrada en la legislación de muchos Estados. En los casos de crímenes graves respecto de los cuales existe jurisdicción internacional hay evidentemente razones para deducir que también existen excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por el hecho de que un Estado no se haya adherido al Estatuto de Roma no debe ser posible que sus funcionarios aduzcan inmunidad de la jurisdicción extranjera respecto de crímenes graves por los cuales tendrían que haber rendido cuentas a la Corte Penal Internacional si su Estado hubiese sido parte en el Estatuto de Roma.

73. La inmunidad, ya sea diplomática o de los funcionarios del Estado, es muy positiva en las relaciones internacionales. Por otra parte, en la comunidad internacional contemporánea existe la necesidad de asegurarse de que no queden impunes los crímenes más graves según el derecho internacional. La Comisión tendrá que llegar a un equilibrio adecuado en su intento de codificar y desarrollar progresivamente el tema de que se trata. Si bien el derecho consuetudinario no consagra normas que establezcan excepciones a la inmunidad, el orador cree que la Comisión debe tener presente el desarrollo progresivo cuando redacte en el futuro un instrumento sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El alcance de ese desarrollo progresivo dependerá de las deliberaciones ulteriores de la Comisión y de la reacción de los Estados en la Sexta Comisión respecto de sus informes.

74. La Comisión, por más que no deba socavar el útil concepto de inmunidad, debe asegurarse de que los autores de crímenes contra el *jus cogens* no queden impunes, porque esos crímenes causan daños a miles de personas y destruyen comunidades y países enteros. El castigo de esas personas redundaría en interés común de toda la humanidad.

75. Por el momento no habría que formular un proyecto de artículos ya que la Comisión debe proceder primero a un debate sustantivo para determinar hasta qué punto puede llegar en el desarrollo progresivo del tema y, por eso, es una buena idea establecer un grupo especial de trabajo.

76. El Sr. GAJA dice que, si bien el segundo informe sobre la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que preparó el Relator Especial se sustenta en gran número de referencias a la jurisprudencia y la doctrina, es frustrante que sus argumentos sean tan parciales. Así ocurre en particular respecto de la afirmación de que existe un principio general que establece la inmunidad de funcionarios extranjeros *ratione materiae* y que no puede haber excepciones a ese principio porque la práctica está dividida o es insuficiente.

77. Las opiniones del Relator Especial acerca de la cuestión de la relación entre la inmunidad funcional y el ejercicio de la jurisdicción sobre crímenes internacionales deben considerarse teniendo presente el esquema de su tercer informe (A/CN.4/646), que presentó en la sesión anterior. En su tercer informe, el Relator Especial se propone demostrar que la inmunidad funcional únicamente opera cuando el Estado del funcionario la hace valer. Así, si el Estado del funcionario no plantea la cuestión de la inmunidad, los fallos judiciales sobre delitos no pueden considerarse elementos importantes de la práctica que limitan la inmunidad. Este enfoque tiende a restar pertinencia a ciertos fallos sobre crímenes internacionales cometidos por funcionarios extranjeros. Probablemente sea prematuro examinar las hipótesis del Relator Especial, pero habrá que tenerlas en cuenta.

78. Los tratados sobre la represión de los crímenes internacionales demuestran que la descripción que hace el Relator Especial de la postura con respecto a la *lex lata* no es totalmente correcta. Si bien los tratados

pueden establecer excepciones a una norma de derecho internacional general relativa a la inmunidad funcional, la inmunidad *ratione materiae*, también tienen elementos que demuestran que esa norma no se aplica cuando el presunto delito del funcionario del Estado constituye un crimen internacional.

79. La mayor parte de los tratados relativos a la represión de crímenes internacionales no tienen disposiciones que se refieran a la inmunidad. Ello no puede considerarse un reconocimiento tácito de que la inmunidad es aplicable. Como se da a entender en el fallo en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, hay una excepción tácita que hace posible eximir de jurisdicción penal a las pocas personas que tienen inmunidad personal mientras ocupan su cargo. De establecerse una excepción similar con respecto a la inmunidad funcional, miles de personas quedarían exentas de procesamiento durante un período indefinido y perderían sentido numerosos tratados relativos a la represión de los crímenes internacionales.

80. Por ejemplo, los Estados partes en el Convenio de Montreal de 1971 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil están obligados a reprimir los delitos definidos en el artículo 1, sancionarlos con penas graves y ejercer su jurisdicción en ciertas condiciones. El orador se pregunta si cabe interpretar el Convenio en el sentido de que la obligación de un Estado parte de ejercer su jurisdicción respecto de un crimen tal como poner una bomba en un avión puede quedar limitada por la inmunidad funcional del presunto autor. En ese caso, ¿los funcionarios extranjeros quedarían exentos de procesamiento en virtud del Convenio? Si resulta que el presunto autor trabajaba para el servicio secreto de un Estado, ¿otro Estado debería abstenerse de procesarlo en razón de su inmunidad? ¿No sería más razonable interpretar esta Convención, al igual que otros tratados similares, en el sentido de que exige el procesamiento con prescindencia de que el presunto autor sea funcionario del Estado? El hecho de que los tratados relativos a la represión de los crímenes internacionales no digan nada respecto de la inmunidad debe interpretarse, por regla general, en el sentido de que no hay excepciones.

81. En el Convenio de Montreal no parece hacerse una distinción según que el Estado en cuestión sea o no parte en él. El Convenio y tratados similares dan a entender que los Estados partes tienen derecho a sancionar el acto del delincuente sea o no funcionario del Estado. En otras palabras, cuando se comete un crimen internacional no se puede hacer valer inmunidad funcional. Habida cuenta del número de tratados que existen sobre represión de los crímenes internacionales, hay un importante corpus de opinión.

82. El párrafo 59 del fallo relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que se cita en el párrafo 77 del segundo informe y que en apariencia discrepa de la opinión que acaba de expresar, señala que la jurisdicción que confieren los convenios internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos crímenes graves no afecta a la inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que esa inmunidad se puede hacer valer ante los tribunales de un Estado extranjero incluso

cuando ejerzan jurisdicción con arreglo a los convenios o convenciones. Sin embargo, la Corte no ha dicho que en el derecho internacional consuetudinario la inmunidad *ratione materiae* comprenda también los crímenes internacionales. Habida cuenta de la actitud de la mayoría de los Estados que son partes en los numerosos convenios o convenciones sobre represión de crímenes internacionales, parece muy poco probable que el derecho internacional consuetudinario establezca una norma general según la cual la inmunidad *ratione materiae* se aplica cualquiera que sea el acto del presunto autor.

83. El Sr. VASCIANNIE felicita al Relator Especial por su provocador y lúcido informe que, como exposición de la *lex lata*, es en general convincente. Básicamente, está de acuerdo con los postulados de derecho que se enuncian en el párrafo 94, en primer lugar, que la inmunidad de los funcionarios del Estado es una norma de carácter general y su ausencia en un caso particular constituye una excepción a esa norma (párr. 94 a).

84. En segundo lugar, también es correcto indicar que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera; tienen inmunidad en relación con los actos realizados en el desempeño de sus «funciones oficiales». A veces es difícil distinguir los actos realizados en el desempeño de funciones oficiales de otros actos, pero esta falta de certeza no hace desaparecer la distinción. Para determinar si un acto es o no oficial no solo cabe remitirse al derecho de la responsabilidad del Estado, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional u otros instrumentos internacionales; también puede encontrarse orientación en los ordenamientos internos en que la distinción es bien conocida. De hecho, en una etapa ulterior del proyecto, tal vez el Relator Especial quiera considerar la posibilidad de presentar indicaciones más claras de qué constituye un acto oficial a los efectos de la inmunidad.

85. En tercer lugar, el Relator Especial acertadamente considera que la distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* constituye un elemento importante del derecho. La inmunidad *ratione personae* no solo se aplica a los actos ilícitos realizados en el desempeño de las funciones oficiales sino que se extiende a los actos ilícitos realizados a título privado antes de que el funcionario asuma el cargo o mientras lo esté ocupando. Esa inmunidad plena o absoluta, sin embargo, está limitada a un grupo relativamente pequeño de funcionarios del Estado, únicamente jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Lo que el Relator Especial denomina la «tríada» a los efectos de la inmunidad *ratione personae* parece correcto como parte del derecho imperante, a pesar de las reservas expresadas en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el fallo del asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. Su propia opinión a ese respecto es que no se debe desestimar a la ligera la opinión de la mayoría en el asunto relativo a la *Orden de detención*.

86. En cuarto lugar, y lo que tal vez sea lo más polémico, en el informe se indica que «los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

Estado no son suficientemente convincentes» (párr. 94 n). Sin embargo, en los párrafos 54 a 93 el Relator Especial pasa revista minuciosamente a diversos puntos de vista sobre las excepciones a la regla general de la inmunidad. Las excepciones posibles incluyen el concepto de que los actos ilícitos no pueden ser actos oficiales; la idea de que no deba atribuirse el mismo acto al funcionario y al Estado; el *jus cogens*, la aparición de una nueva norma consuetudinaria que prohíba la inmunidad; la jurisdicción universal y el concepto de *aut dedere aut judicare*. El Relator Especial evalúa cada una de esas ideas en el contexto de la inmunidad y las descarta pero, según su propia interpretación del derecho, la excepción del *jus cogens* podría ser objeto de un tratamiento más detallado. El Relator Especial, si bien pasa revista a los planteamientos judiciales de ese argumento, no demuestra exactamente por qué una norma de *jus cogens*, contra la tortura por ejemplo, no podría dejar sin efecto la inmunidad de procedimiento de los funcionarios del Estado. En el párrafo 65, el Relator Especial se refiere a las observaciones que formuló Lord Hoffman en el fallo de la Cámara de los Lores de 2006 en la causa *Jones c. el Ministerio del Interior Al-Mamlak al Arabia as Saudiya (Reino de la Arabia Saudita)*, pero esas observaciones parecen limitarse a plantear el problema en lugar de analizar por qué no ha de prevalecer la norma de *jus cogens*. Si se parte de la fácil premisa de que las normas de *jus cogens* son perentorias, no hay que dar más que un corto paso para llegar a la conclusión de que un tribunal extranjero debe reconocer la infracción de una norma de *jus cogens* aunque se trate de alguien que disfrute de inmunidad de procedimiento. En ese contexto, la postura de la minoría en la causa *Al-Adsani* de que conoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene mucho a su favor (véase el párrafo 63 del segundo informe).

87. El enfoque del Relator Especial hace necesario que la Comisión se remonte a los primeros principios cuando se trate de la índole del proyecto. Cabría considerarla esencialmente una obra de codificación, dirigida a expresar el derecho sobre la inmunidad del Estado tal como existe en la actualidad. Los fallos judiciales y la doctrina apuntan en distintas direcciones y los Estados querrían recibir orientación acerca de qué permite el derecho internacional y qué prescribe con respecto a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Así ocurre en particular en vista de la gran resonancia que evidentemente tendrían las causas en que se hiciera comparecer a funcionarios de un Estado extranjero ante un tribunal de otra jurisdicción.

88. Sin embargo, el proyecto se puede también enfocar a través del lente del desarrollo progresivo. Desde ese punto de vista, apoyaría al Relator Especial si volviera a orientar el proyecto de manera de tener más plenamente en cuenta diversas consideraciones políticas que se encuentran cada vez más presentes en este campo del derecho. El derecho de la inmunidad del Estado se ha desarrollado sobre la base de sólidos supuestos de política. Se ha supuesto tradicionalmente que la inmunidad de los funcionarios del Estado promueve las relaciones positivas entre los Estados *inter se* y, de esa manera, alienta el orden, la seguridad y la estabilidad en las relaciones internacionales. El derecho se ha fundado también en la idea de que la cortesía y la reciprocidad son consideraciones importantes de manera que, si el ministro de relaciones

exteriores del Estado X es objeto de una acción penal en el Estado Y, ¿cuánto tiempo transcurriría antes de que el Estado X entablara una acción contra un alto funcionario del otro Estado? La idea de que quien para algunos es un combatiente para la libertad para otros es un terrorista no debe alentar la inactividad del Estado frente al mal sino destacar los riesgos que entraña que un Estado procese a líderes de otros Estados por cuestiones de política que bien podrían tener un componente subjetivo.

89. Hay otros dos argumentos de política que operan en favor de los arreglos vigentes. Uno se basa en el concepto de territorialidad. Se ha dicho con frecuencia que la legislación extraterritorial crea problemas y que cabe sostener que es contraria a las normas del derecho internacional; desde ese punto de vista se podría decir que el Estado no debería tratar de condenar a funcionarios del Estado por presuntos crímenes que no se cometieron en su territorio. El procesamiento con un componente extraterritorial puede ser una mala política, no solo porque representa un intento del Estado de extender su soberanía a otros países sino también porque se podría tropezar con dificultades para reunir y evaluar las pruebas contra el acusado.

90. El otro argumento es de carácter más abiertamente político; hay motivos para creer que, en un mundo sin inmunidad para los funcionarios del Estado, habría con demasiada frecuencia procesos con motivación política que podrían convertirse en un importante medio de tratar de resolver lo que son básicamente diferencias políticas. Ello no sería malo si todos los interesados aceptaran un sistema de tribunales extraterritoriales, pero, habida cuenta de la división política que existe en la comunidad internacional, es dudoso que se haya de aceptar un sistema de procesamiento en tribunales nacionales de presuntos criminales de otros países. Además, cualquier sistema en que los tribunales nacionales pudieran desestimar la inmunidad de los funcionarios extranjeros estaría abierto a la acusación de que los Estados más poderosos tienen derecho a encausar a funcionarios de Estados menos poderosos, pero no a la inversa, acusación que no se puede dejar de lado cuando se evalúa la viabilidad de las normas relativas a la inmunidad.

91. Existen en cambio también sólidas razones de política para terminar con la inmunidad de los funcionarios del Estado en algunos casos. Por ejemplo, a medida que se insiste cada vez más en la promoción y protección de los derechos humanos, parece anómalo sostener que los funcionarios del Estado pueden evadir el procesamiento por crímenes horribles a nivel nacional simplemente porque son funcionarios del Estado. Así ocurre en particular con respecto a los crímenes graves que se han calificado de crímenes internacionales. Además, es cada vez más evidente que la Corte Penal Internacional no tendrá toda la jurisdicción que se había previsto inicialmente. Si bien los optimistas mantienen la esperanza de que la Corte pueda procesar a personas procedentes de todas las jurisdicciones, las perspectivas siguen sin estar claras a la luz de realidades políticas y diplomáticas bien conocidas. En consecuencia, debería haber otros medios de someter a la justicia a funcionarios del Estado que hayan cometido ciertos crímenes graves y el sistema internacional estaría entonces en condiciones de promover la justicia y reducir la probabilidad de impunidad.

92. Por último, el orador señala que los argumentos de política están muy bien equilibrados y habría que alentar al Relator Especial a desarrollarlos más con miras a formular recomendaciones acerca de si el proyecto debería apuntar a codificar el derecho gradualmente o tratar de describir en mayor detalle cuál sería el derecho si estuviese abierto a un grado importante de desarrollo progresivo. Esta última posibilidad puede suscitar resistencia de algunos Estados, pero no hay motivos para dejarla de lado. El Relator Especial, al preparar su próximo informe, tal vez quiera tener en cuenta ciertas tendencias en la Comisión, especialmente con respecto a los derechos humanos.

93. Para concluir, el orador observa que el excelente segundo informe del Relator Especial ha dado a la Comisión mucho en que pensar.

94. El Sr. McRAE da las gracias al Relator Especial por un segundo informe que mantiene el alto nivel de erudición y análisis demostrado en el informe preliminar y expresa su reconocimiento por la animada refutación del informe que hizo el Sr. Dugard. Este ha planteado opiniones que constituyen el extremo opuesto de las posturas del Relator Especial y, entre los dos, han enmarcado muy bien el debate.

95. Por su parte, está de acuerdo con buena parte del contenido del segundo informe, pero hay ciertas cuestiones fundamentales que siguen suscitando controversia; la más importante de ellas es si debe o no haber excepciones a la inmunidad en casos de graves crímenes internacionales. El Relator Especial aduce que no debe haber excepciones a la inmunidad o, por lo menos, que no se han fundamentado. Al hacerlo, sin embargo, sentó una vara muy alta para determinar si deben existir: tienen que «fundamentarse en el derecho internacional consuetudinario» (párrafo 54 del informe). Analiza luego la práctica y la *opinio juris* y constata que no son suficientes. Se han interpuesto causas ante tribunales nacionales e internacionales, por lo general infructuosamente; el Relator Especial considera que la opinión de los juristas es *lex ferenda* y no está convencido, por razones de política, de que las excepciones a la inmunidad sean una buena idea.

96. El planteamiento del Sr. Dugard es el extremo opuesto; en vez de fundarse en una norma consuetudinaria de derecho internacional, lo que se considera tradicionalmente requisito *sine qua non* para que actúe la Comisión, cree que esta debe adoptar una postura sobre una cuestión de principio que es fundamental: ¿es partidaria de la impunidad o de la rendición de cuentas? A juicio del Sr. Dugard, la Comisión no debería estudiar esto en forma estática; debería seguir la tendencia en la materia, habida cuenta de que la comunidad internacional ha ido más allá del *statu quo* y asignado mayor importancia a la rendición de cuentas y el rechazo de la impunidad.

97. El debate, pues, es de política pero el orador no está seguro de que se pueda responder una cuestión esencial de política diciendo que un planteamiento es correcto como cuestión de derecho y otro no lo es. El problema tampoco puede resolverse tratando de llegar a un consenso acerca de cuál es el derecho, si bien el Sr. Gaja acaba de decir cosas muy interesantes acerca del derecho internacional consuetudinario a ese respecto.

98. Si, como hizo el Relator Especial, se razona que debería considerarse que existen excepciones únicamente cuando se encuentre una norma de derecho internacional consuetudinario mediante medios tradicionales de análisis, la práctica de los Estados, fallos de tribunales internacionales, etc., su postura es más atendible. Como señala el Relator Especial, hay muy pocos fallos que sustenten la idea de una excepción a la inmunidad y en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* esa idea se rechazó. No hay práctica convencional del Estado que apoye una excepción a la inmunidad o lo que tradicionalmente se consideraría necesario para establecer *opinio juris*. En otras palabras, si se acepta la premisa del Relator Especial, las conclusiones se desprenden con mayor facilidad; el análisis que hace de los datos es minucioso sin duda, pero el orador no iría tan lejos como para decir que el Relator Especial está en lo cierto como cuestión de *lex lata*, como acaba de hacer el Sr. Vasciannie.

99. Hay otra manera, sin embargo, de enfocar la cuestión y es la alternativa que ofreció el Sr. Dugard. Hay muchos casos de procesados en tribunales nacionales por crímenes internacionales graves a pesar de que tienen inmunidad y ello refleja la opinión de que tiene que haber excepciones. No faltan magistrados que disientan de la idea de que no haya excepciones, y hay doctrina que apoya la idea de las excepciones. En el Canadá se han presentado proyectos de ley para autorizar a los tribunales nacionales a conocer de acciones presentadas por víctimas contra funcionarios de Estados extranjeros por graves crímenes internacionales, a pesar de su inmunidad. En pocas palabras, la cuestión no está clara.

100. Por ese motivo, el orador tiene problemas con las consecuencias de las conclusiones a que llega el Relator Especial en los párrafos 94 *n* y *o* que parecen ser que la Comisión no debe aceptar excepciones a la inmunidad.

101. A su juicio, que haya o no una norma de derecho internacional que reconozca excepciones es en parte una cuestión de punto de vista. La premisa de que parte el Relator Especial parece hacer de ello una conclusión inevitable, pero da preferencia a algunos de los argumentos objetivos en favor del derecho internacional consuetudinario y deja otros de lado. Es erróneo decir que la cuestión consiste en determinar si la Comisión sigue el derecho internacional consuetudinario o procede a un desarrollo progresivo. El Sr. Gaja acaba de plantear algunas cuestiones acerca de si el análisis está o no completo. Como acaba de señalar el Sr. Pellet, la Comisión tiene a la vista distintos conceptos del derecho internacional y no cabe considerar que la cuestión en su integridad se refiera a excepciones a la inmunidad sino a excepciones a una norma de responsabilidad absoluta por crímenes internacionales graves.

102. Por más que la Comisión haga suya la postura de que no hay norma consuetudinaria de derecho internacional, ello no debe obstar para que acepte la idea de que tiene que haber excepciones; podría entrar en el ámbito del desarrollo progresivo, como sostuvo tan resueltamente el Sr. Petrič. El orador no está seguro, sin embargo, de que en la etapa actual la Comisión pueda reconocer que no hay fundamento en el derecho internacional consuetudinario para establecer excepciones a la inmunidad. Hay que estudiar en forma más minuciosa la cuestión.

103. Cabe ahora preguntarse qué pasa con los argumentos o los fundamentos de política para las excepciones a la inmunidad, que, según el Relator Especial, no son «suficientemente convincentes». Hay dos paradigmas para examinar la cuestión de tribunales extranjeros que conozcan en procesos por crímenes internacionales graves. Uno, expresado por el Sr. Dugard, consiste en que unos malvados que han cometido crímenes horribles tienen inmunidad y no serán sometidos a un tribunal internacional o a un tribunal nacional en su propio Estado. Por ello, un tribunal extranjero, que aplique todas las salvaguardias procesales de un sistema judicial que funcione debidamente, debería estar en condiciones de hacer que rindan cuentas de sus actos y no encontrarse con que no puede hacerlo porque se aduce inmunidad. Es una idea muy atractiva.

104. Hay otro paradigma, sin embargo, el de que se interpongan acciones penales con una motivación política contra alguien importante, a pesar de que tiene inmunidad y sin garantía alguna de salvaguardias procesales o sustantivas. Naturalmente es una preocupación grave, especialmente si el resultado es una injusticia manifiesta, obsta a las relaciones internacionales o redundante en detrimento de lo que la institución de la inmunidad justamente apunta a proteger.

105. ¿Qué ha de hacer entonces la Comisión frente a opiniones contrapuestas acerca de las consecuencias de establecer excepciones a la inmunidad? El Relator Especial ha indicado que presentará un tercer informe y no ha de proponer proyectos de artículos sobre el tema. En algún momento la Comisión tendrá que decidir cómo quiere proceder, si prefiere la preparación de proyectos de artículos o la presentación de informes adicionales. Se ha sugerido que se establezca un grupo de trabajo para examinar la cuestión, pero el orador no está convencido de que en el período de sesiones en curso se pueda tomar una decisión acerca de la orientación de los trabajos en el futuro; la cuestión básicamente quedará librada al próximo quinquenio. En todo caso, quiere formular algunas opiniones acerca de la orientación general de la labor futura.

106. En primer lugar, no hay que abandonar la labor sobre el tema. Si se pueden resolver los problemas fundamentales se trata de un tema ideal para que la Comisión prepare un proyecto de artículos.

107. En segundo lugar, el orador no cree que la Comisión deba dejar sin refutar la postura del Relator Especial de que no debe haber excepciones a la inmunidad. Se necesita un mayor análisis de la cuestión. El Relator Especial tiende a contrastar lo que son a su juicio argumentos «jurídicos» con los que, según dice, se basan en la lógica o la conveniencia, pero sus argumentos «jurídicos» no suelen ser otra cosa que una perspectiva de política distinta. El Relator Especial se pregunta por qué la imputación de los actos de una persona a un Estado ha de ser diferente cuando se trata de actos que constituyen crímenes internacionales graves que cuando se trata de otros Estados. Se pregunta también por qué la gravedad de un acto ha de suspender el principio de igualdad de los Estados en que se basa la inmunidad. Califica el argumento de que los actos que constituyen crímenes internacionales graves no son actos del Estado de «intento artificial y no del todo legítimo» de fundamentar

las excepciones a la inmunidad. En el fondo, se trata de un argumento de política que hace valer conceptos jurídicos. ¿En qué forma justifica el principio de igualdad de los Estados proteger a funcionarios del Estado que han cometido crímenes internacionales graves? ¿Por qué el fundamento político de la inmunidad exige que quienes hayan cometido crímenes internacionales graves queden protegidos y no sean procesados? El problema básico, como dijo el Sr. Vasciannie, es la falta de una jurisdicción internacional efectiva para sancionar crímenes internacionales graves y es por ello que se está contemplando el procesamiento por otros Estados.

108. En todo caso, se esperará que la Comisión haga más que simplemente llegar a la conclusión de que no puede haber excepciones respecto de la inmunidad. Si la Comisión adoptase la postura de que no haya excepciones, ello parecería contrario a su planteamiento respecto de otras cuestiones. Se necesita un análisis ulterior del tema de las excepciones a la inmunidad, tal vez en otros informes del sucesor del Relator Especial o a través de un grupo de trabajo que se establezca en el próximo quinquenio.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3088.ª SESIÓN

Viernes 13 de mayo de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrić, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/638, secc. F, A/CN.4/646)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁸².
2. El Sr. CAFLISCH dice que ya se han formulado muchos comentarios, por lo que se limitará a hacer cinco observaciones. En primer lugar, el estatuto de la persona como sujeto de derecho internacional mejoró muy

⁸² Reproducido en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.