

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 Estado<sup>82</sup>.

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

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

considerablemente después de la Segunda Guerra Mundial, y, si bien es cierto que, debido a ello, la persona es actualmente titular de derechos que puede reivindicar en el plano internacional, también tiene obligaciones internacionales. Según el Sr. Caffisch, esas obligaciones incumben a todas las personas, incluso a quienes sirven al Estado y actúan —o afirman actuar— en su nombre. El hecho de que tal persona pueda incurrir en responsabilidad penal internacional por determinados tipos de actos no significa, en modo alguno, que el Estado quede exento de responsabilidad por un hecho ilícito cometido por esa persona. No cabe afirmar que, en la medida en que la responsabilidad incumbe al Estado, el funcionario deje de ser responsable y, por tanto, pueda refugiarse tras la pantalla protectora de la inmunidad penal. Tampoco es cierto lo contrario: si el funcionario es responsable penalmente de sus actos en el plano internacional, ello no quiere decir que el Estado en nombre del cual dice actuar no lo sea. En otras palabras, la responsabilidad internacional del Estado no excluye la responsabilidad penal internacional de la persona, del mismo modo que la responsabilidad de esta no excluye la del Estado. Por consiguiente, los dos tipos de responsabilidad no se excluyen mutuamente cuando un funcionario comete un acto delictivo particularmente grave: ambas responsabilidades —la del Estado y la de la persona— se yuxtaponen.

3. En segundo lugar, es preciso no confundir las normas sobre la jurisdicción con las relativas a la inmunidad. La falta de inmunidad en uno u otro caso no significa en modo alguno que una persona pueda ser enjuiciada libremente, sino que deben reunirse las condiciones exigidas tanto por el derecho interno como por el derecho internacional en materia de jurisdicción. En caso contrario, el tribunal al que se someta la causa carecerá de jurisdicción, y no se planteará la cuestión de la inmunidad en caso de delitos internacionales, incluso después del surgimiento de la jurisdicción universal. En efecto, de conformidad con lo establecido en el apartado *b* del artículo 3 de la resolución aprobada el 26 de agosto del 2005 por el Instituto de Derecho Internacional sobre «La jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra»<sup>83</sup>, el ejercicio de esa jurisdicción «requiere la presencia del sospechoso en el territorio del Estado que lo enjuicia»<sup>84</sup>. Indudablemente, esta condición impide que la inmunidad de un funcionario del Estado acusado de un delito internacional comporte procesos múltiples, incontrolados y abusivos.

4. En tercer lugar, en los últimos veinte años se ha registrado el reconocimiento de jurisdicciones penales internacionales. La comunidad internacional ha dedicado muchos esfuerzos a esa cuestión, y es preciso preguntarse si verdaderamente cabe pensar que lo habría hecho si hubiera corrido el riesgo de que, en cualquier momento, se le hubiera opuesto el argumento de la inmunidad.

5. La cuarta observación hace referencia a la causa *Al-Adsani c. el Reino Unido*, que se menciona en el informe

del Relator Especial y al que también se ha aludido durante el debate. Teniendo en cuenta que el Sr. Caffisch participó en ese proceso, en el que desempeñó el papel de juez, precisa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó, en su fallo, que la prohibición de la tortura que se formula en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene rango de norma de *jus cogens*. El acceso a los tribunales internos, que está garantizado por el artículo 6 del Convenio, también tiene, por lo tanto, ese rango, ya que se trata de denunciar la conculcación de una norma de *jus cogens* en virtud de ese artículo, que garantiza el acceso a los tribunales. No hay duda de que el Tribunal habría excluido la inmunidad penal del Estado encausado y sus dirigentes, con la salvedad de que no se trataba en ese caso de una demanda penal, sino de una reclamación de carácter civil. La mayoría argumentó entonces que, en el derecho internacional, la excepción a la inmunidad solo se aplicaba a la inmunidad en la esfera penal y no cuando «solo» se trataba de demandas de carácter civil. A juicio del Sr. Caffisch, la mayoría estaba equivocada porque en la práctica nunca se ha hecho esa distinción. Ahora bien, sea lo que fuere, si se hubiera tratado de la hipótesis de la Comisión, es decir, de una acción penal basada en la prohibición de la tortura, está convencido de que el Tribunal Europeo no habría dudado en excluir la inmunidad del funcionario. En consecuencia, el fallo dictado en la causa *Al-Adsani* no permite sostener la tesis del mantenimiento de la inmunidad, sino todo lo contrario.

6. Por último, el Sr. Dugard ha dicho que es preciso elegir entre una solución que ha dejado de ser plenamente aceptada y una solución que todavía no lo está del todo. El Sr. Caffisch considera que se ha llegado ya a esa situación, o casi, y que, con arreglo al derecho internacional contemporáneo, un funcionario que afirme actuar en nombre del Estado y cometa un acto contrario a los preceptos más elementales de humanidad no puede invocar la inmunidad. En todo caso, incluso si el derecho todavía no hubiera evolucionado tanto, la Comisión tendría el deber de hacerla avanzar en ese sentido. Ahora bien, aunque no comparta totalmente los puntos de vista del Relator Especial, el Sr. Caffisch reconoce la gran calidad de su trabajo y está de acuerdo en que su informe es estimulante, es de lectura interesante y está bien documentado y estructurado.

7. El Sr. VALENCIA-OSPINA dice que el segundo informe del Relator Especial contiene muchas consideraciones que se pueden suscribir, pero con las que también se puede discrepar. En particular, con respecto a las afirmaciones relativas a las excepciones, está de acuerdo con la conclusión que figura en el párrafo 90 de que la jurisprudencia no es uniforme y resulta imposible determinar la existencia de una tendencia definida al establecimiento de excepciones a la norma consuetudinaria general de la inmunidad del Estado. También reconoce que, como se señala en los párrafos 91 y 92, cabe preguntarse si es deseable establecer nuevas restricciones *de lege ferenda* al principio consuetudinario —a lo que es preciso añadir la cuestión de la preeminencia del *jus cogens*. La elaboración de artículos en esa esfera sería perfectamente compatible con el mandato de la Comisión en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. En cuanto a la propuesta de que se contemple la

<sup>83</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71 (período de sesiones de Cracovia, 2005), t. 2, págs. 296 a 300 (disponible en el sitio web del Instituto: [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org)).

<sup>84</sup> *Ibid.*, pág. 298.

posibilidad de establecer un mecanismo en virtud de un tratado, que se anuncia en el párrafo 93, se corre el riesgo de que esa actividad resulte superflua debido a la supresión de la inmunidad de los altos cargos del Estado prevista en el párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

8. En cuanto al fondo, el Sr. Valencia-Ospina desea formular algunas observaciones sobre tres cuestiones de principio generales que abarca el tema objeto de examen: el fundamento de la inmunidad del Estado, la distinción entre «actos privados» y «actos oficiales», y el fundamento de las excepciones a la norma de la inmunidad del Estado por delitos graves de derecho internacional. El elemento fundamental que es preciso no perder de vista cuando se examina la cuestión de la inmunidad del Estado es que lo que está en tela de juicio no son los intereses de la persona, sino los intereses concretos del Estado, que están amparados por la ley. Aunque, en la práctica, sea imposible distinguir entre los intereses del Estado y los de un dirigente determinado, un grupo político o un gobierno, desde el punto de vista jurídico los intereses del funcionario son diferentes de los del Estado, a pesar de la célebre fórmula de Luis XIV «El Estado soy yo». Es general el reconocimiento de que es fundamental hacer esa distinción cuando se examina el delicado problema de la inmunidad del Estado.

9. En primer lugar, el fundamento racional del principio de inmunidad del Estado es la protección de los intereses del Estado. Desde el momento en que los altos funcionarios generalmente pueden viajar o desempeñar sus demás funciones oficiales sin temer que otros Estados inicien un proceso penal contra ellos, el funcionamiento del gobierno queda protegido en la práctica. Además, la prohibición de que los Estados adopten una decisión con respecto a la responsabilidad de otros Estados se deriva del principio fundamental de la igualdad de los Estados. El fundamento de esa prohibición, en ese contexto, está sin duda alguna estrechamente relacionado con el derecho de los Estados a que sus derechos y obligaciones legales se determinen mediante un procedimiento judicial o arbitral imparcial. A ese respecto, es preciso reconocer que todavía no se ha desprendido de la jurisprudencia internacional una doctrina clara sobre la integridad de la función judicial o del «derecho» de una parte a un proceso justo. No cabe extrañarse, ya que ese derecho procesal no está reconocido en los respectivos estatutos de la Corte Internacional de Justicia, del Tribunal de Justicia Europeo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o incluso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Ahora bien, la Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de mencionar su obligación de preservar la integridad de su función judicial en relación con las partes en su fallo de 2 de diciembre de 1963, en la causa *Camerún Septentrional*. Por tanto, la inmunidad del Estado tiene por objeto proteger dos intereses concretos, a saber, la capacidad funcional del gobierno y el interés jurídico del Estado en que su responsabilidad internacional sea examinada en un proceso internacional imparcial. A ese respecto, si el Relator Especial reconoce en los párrafos 36 y 37 que la justificación funcional es la inmunidad *ratione personae*,

no da una razón tan clara en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae* —en vez de lo cual se ocupa fundamentalmente, en los párrafos 22 a 34, del alcance de esa inmunidad y dedica mucho espacio a la distinción entre actos «oficiales» y actos «privados». Es preciso reconocer que la jurisprudencia tampoco sirve de gran ayuda para determinar cuál es el fundamento de ese tipo de inmunidad. Se supone simplemente que es un principio de derecho positivo, pero que no abarca los actos «privados» —y, a ese respecto, el contraste entre el fundamento de las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*, expuesto en el fallo dictado en 2002 por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, es significativo.

10. Uno de los fundamentos posibles, que en cuanto tal no es normativo sino más bien jurídico, es el de la atribución. Con arreglo a este criterio, se considera que la responsabilidad internacional tiene un carácter exclusivo: puede atribuirse a una persona en el plano de la responsabilidad penal individual, o a un Estado en el plano de la responsabilidad del Estado, pero no a los dos. Por ejemplo, Cassese, que se cita en la nota del párrafo 33 del informe, afirma que «la razón [es] que el acto se atribuye jurídicamente al Estado, y, por ello, toda responsabilidad jurídica derivada de ese acto solo puede ser asumida por el Estado»<sup>85</sup>. La consecuencia lógica es que un jefe de Estado, por ejemplo, que torture en aplicación de lo que equivale, incluso de forma disfrazada, a una política oficial no puede ser considerado responsable individualmente de ese acto. Por consiguiente, el argumento «yo solo obedezco órdenes», que desde luego no es un medio de defensa, en cuanto al fondo, es de hecho un medio procesal. Ahora bien, ese razonamiento es discutible por motivos tanto jurídicos como normativos. Por lo que respecta al derecho, parece admitirse en general que el plano de la responsabilidad individual y el de la del Estado, además de coexistir de manera dualista, se yuxtaponen para abarcar el mismo comportamiento, como señaló Frouville en su obra de 2010 sobre el derecho de la responsabilidad del Estado<sup>86</sup>. Por tanto, parece evidente la existencia de niveles de responsabilidad paralelos que se yuxtaponen y convergen en la ilicitud compartida del hecho. En el plano normativo, esta concepción dualista ofrece la clara ventaja de impedir que algunas personas evadan su responsabilidad penal por el hecho de atribuir sus actos al Estado, lo cual sería un resultado insatisfactorio.

11. El hecho de suprimir el principio de la atribución del derecho de inmunidad del Estado equivaldría, sin embargo, a apartarse manifiestamente de la jurisprudencia (por muy heterogénea que esta sea), a la que esa cuestión ha planteado muchas dificultades. Parece contrario a la lógica considerar que no es necesario demostrar que un acto es atribuible al Estado para hacer valer la inmunidad de este, y el Sr. Valencia-Ospina tiene la intención de

<sup>85</sup> A. Cassese, «When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law* (2002), vol. 13, n.º 4, págs. 853 y ss., en particular pág. 863.

<sup>86</sup> Véase O. de Frouville (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co action?*, Journée d'étude en droit international pénal, Montpellier, 14 mai 2010 [actas del coloquio publicadas por Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2012] ou *Droit pénal international: sources, incriminations, responsabilité*, París, Pedone, 2012.

detenerse brevemente en esa cuestión a fin de examinar cómo se puede llegar a ello. Pero antes desea precisar que las observaciones hechas más arriba tienen por objeto mostrar que todavía debe hallarse un fundamento convincente a la inmunidad *ratione materiae*.

12. Tratará de demostrar las razones por las que la invocación por un exfuncionario del Estado de la inmunidad *ratione materiae* por actos que son a la vez delitos de derecho internacional y hechos internacionalmente ilícitos en realidad es contraria a los intereses jurídicos del Estado. Teniendo en cuenta que la inmunidad del Estado existe fundamentalmente para proteger sus intereses, cabe afirmar que toda la cuestión de atribución puede suprimirse provechosamente del derecho a la inmunidad *ratione materiae* del Estado por esos hechos ilícitos.

13. La cuestión de saber si un acto concreto de un funcionario que en general puede invocar la inmunidad del Estado es un acto de índole «oficial» o un acto de carácter «privado» ha sido ampliamente tratada en la jurisprudencia. No solo está implícito en uno de los argumentos presentados para justificar la existencia de una excepción en la inmunidad, sino que también se considera una cuestión preliminar de atribución. A ese respecto, el párrafo 24 del informe es especialmente pertinente: «[a] este respecto, el Relator Especial considera que no existen razones objetivas para hacer una distinción entre la atribución de un comportamiento a efectos de determinar la responsabilidad, por un lado, y a efectos de la inmunidad, por el otro». A pesar de esa afirmación categórica, puede resultar útil examinar más adelante la cuestión de saber si puede haber razones que justifiquen esa distinción. El problema básicamente es el de una superposición metafísica entre la responsabilidad del Estado y la individual, y tal vez fuera mejor enfocar esa cuestión desde el punto de vista de una acción judicial para poder distinguir mejor las diferencias entre ambas responsabilidades.

14. No se está haciendo referencia a la responsabilidad del Estado. Cuando un tribunal nacional trata de enjuiciar a un funcionario por delitos graves de derecho internacional, se esfuerza en determinar la responsabilidad individual del funcionario. En principio, la determinación de la responsabilidad penal internacional de una persona por un tribunal nacional no tiene consecuencias jurídicas en la cuestión diferente de la responsabilidad internacional del Estado de la que la persona es funcionario. Por supuesto, las conclusiones jurídicas *de facto* del tribunal pueden tener valor de prueba en un proceso diferente en el que se trate de determinar la responsabilidad de ese Estado, como lo demuestran los párrafos 209 y 210 y 214 a 224 del fallo dictado en cuanto al fondo por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, no se deriva *ipso jure* de un proceso penal individual perjuicio para el Estado.

15. Esta diferencia procesal se desprende claramente de la consideración que la Corte Internacional de Justicia otorga a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en los párrafos 223 y 227 del fallo dictado en cuanto al fondo en la causa *Bosnia*

y *Herzegovina c. Serbia y Montenegro*. La carga de la prueba, el criterio de la obtención de pruebas y los métodos de prueba varían considerablemente según que se trate de determinar la responsabilidad de una persona o de un Estado y han tenido una influencia directa en el valor probatorio de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que ha examinado la Corte —por ejemplo, con respecto al criterio de la intención manifiesta en la determinación del hecho internacionalmente ilícito de genocidio. Por tanto, esa causa pone de relieve la distinción procesal entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado.

16. Como se indica en el apartado *a* del artículo 2 del texto definitivo del proyecto de artículos de la Comisión aprobado en 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>87</sup>, la atribución es la condición *sine qua non* de la responsabilidad del Estado, de modo que los actos privados no comportan esa responsabilidad. Sin embargo, la atribución no tiene ninguna consecuencia, en cuanto al fondo, en la responsabilidad penal individual, lo cual es una diferencia importante si se considera que cuando un funcionario es condenado por un tribunal nacional por un delito grave de derecho internacional afecta a cualquier proceso paralelo o ulterior iniciado contra ese Estado. En términos más sencillos, se plantearía una nueva cuestión de fondo, la de la atribución en el segundo proceso cuando no se hubiera examinado en el primero. Por tanto, cabe señalar que existe una diferencia objetiva entre la responsabilidad del Estado y la inmunidad del Estado cuando esta se invoca en un proceso penal en el que se entienda de la responsabilidad individual y no de la del Estado.

17. Paradójicamente, la invocación por un funcionario de un Estado de la inmunidad de ese Estado en dicho contexto es muy probable que perjudique a este último en un proceso relativo a su propia responsabilidad separada, ya que, al ser la atribución de una conducta pertinente para determinar la responsabilidad del Estado, pero no la de la persona, las conclusiones fácticas y jurídicas del tribunal nacional de que se trate con respecto a la atribución pueden ser invocadas después contra el Estado. En tal caso, los intereses del funcionario y los del Estado (que deben distinguirse cuidadosamente) están en conflicto directo. Interesa a la persona demostrar que sus actos son imputables al Estado, a fin de poder acogerse a la inmunidad del Estado, e interesa al Estado demostrar que los actos examinados no le son atribuibles a fin de evitar la consiguiente responsabilidad internacional.

18. Esta distinción es importante porque los Estados no son personas sino, con arreglo a la definición de Austin<sup>88</sup>, «sociedades políticas independientes» o, para emplear los términos de Crawford<sup>89</sup>, «unidades territoriales»

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, «Lecture VI», Londres, John Murray, 1832, págs. 198 y ss.

<sup>89</sup> J. Crawford, «The criteria for statehood in international law», *The British Year Book of International Law 1976-77*, vol. 48 n.º 1, págs. 93 a 182, en particular pág. 111.

independientes. Una persona puede gobernar un Estado durante decenios y, en menos de un mes, ser depuesta y sometida a enjuiciamiento penal por el gobierno siguiente. Por ello es necesario reconocer la existencia de un fundamento normativo convincente de la inmunidad del Estado *ratione materiae*. El Sr. Valencia-Ospina formula una propuesta, a saber, que se proteja al Estado del perjuicio que sufriría si su responsabilidad fuera determinada por las jurisdicciones de otros Estados. Sin embargo, confía en que las observaciones que acaba de formular demuestren que es posible sostener el criterio de que no se puede invocar esa justificación en un proceso en el que se examine la responsabilidad individual por delitos graves de derecho internacional cometidos por funcionarios del Estado. Ese razonamiento podrá en último término resultar falso, pero la Comisión tal vez tenga interés en examinarlo más a fondo.

19. La distinción entre responsabilidad del Estado y responsabilidad individual también es pertinente para delimitar el fundamento (o los fundamentos) de la excepción a la inmunidad del Estado por delitos graves de derecho internacional. Como señala el Relator Especial en el párrafo 57 de su segundo informe, «[e]stá bastante generalizado el criterio según el cual los delitos más graves tipificados en el derecho internacional no pueden considerarse como actos realizados en el desempeño de funciones oficiales y, por tanto, la inmunidad *ratione personae* no protege contra la jurisdicción penal extranjera respecto de tales delitos». Sin embargo, esa afirmación debe examinarse con más detalle.

20. El principal argumento a favor a las excepciones a las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae* es que los delitos más graves de derecho internacional deberían enjuiciarse sin tener en cuenta el estatuto del autor. En ese contexto, los «delitos más graves tipificados en el derecho internacional» pueden definirse, siguiendo a Bassiouni<sup>90</sup>, como delitos de *jus cogens* o delitos *erga omnes* de genocidio, tortura, agresión, piratería, esclavitud, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Como se explica en el párrafo 56 del informe, no solo porque se invoque el *jus cogens* como uno de los fundamentos principales de la existencia de una excepción a la inmunidad propiamente dicha, sino también porque es el fundamento del ejercicio de la jurisdicción universal.

21. Ahora bien, los fundamentos de las excepciones a la inmunidad deberían examinarse en función del tipo de inmunidad, lo cual plantea interrogantes completamente diferentes. Con respecto a la inmunidad *ratione personae*, cabría argumentar la necesidad de una excepción a la misma debido a que la gravedad de esas normas prevalece sobre la necesidad de que los altos funcionarios del Estado puedan desempeñar sus funciones sin temor a ser enjuiciados penalmente por otro Estado. En particular, es bien conocido el debate sobre la preeminencia de las normas de *jus cogens* sobre las normas consuetudinarias de procedimiento, tales como la inmunidad del Estado. Además, la ausencia de práctica de los Estados puede imputarse no al hecho de que el *statu quo* sea satisfactorio en general, sino más bien al temor de conculcar el derecho vigente.

22. Por otra parte, hay argumentos convincentes para reconocer que existe un derecho absoluto a la inmunidad *ratione personae*. Desde un punto de vista jurídico, cabe argumentar que dicho reconocimiento daría lugar a un desarrollo progresivo del derecho internacional porque, como se observa en el párrafo 15 del informe, la práctica actual consiste exclusivamente, o casi, en iniciar procesos penales contra antiguos funcionarios. Además, según se dice en el párrafo 37 del informe, nada indica que los Estados o la jurisprudencia sean claramente partidarios de que se modifique el consenso existente con respecto a la inmunidad *ratione personae*. En el párrafo 64 se recuerda el argumento presentado, según el cual el *jus cogens* solo sustituye a las normas imperativas y no a las normas de procedimiento. De paso, el Sr. Valencia-Ospina manifiesta que está de acuerdo con el comentario del Relator Especial que figura en el párrafo 67 del informe, en el sentido de que el debate sobre el efecto dispositivo de las normas de *jus cogens* se produce tanto con respecto a la inmunidad *ratione materiae* como a la inmunidad *ratione personae* del Estado.

23. En lo que respecta a las cuestiones políticas, cabe argumentar que el perjuicio sufrido por un Estado que haya sido privado simultáneamente de sus tres más altos representantes puede ser inmenso y, en determinadas circunstancias, irreversible —por ejemplo, si se trata de un ministro de relaciones exteriores contra el que se inicia un proceso penal durante la celebración de importantes negociaciones internacionales, o, dentro del mismo orden de cosas, de un jefe de Estado o de gobierno de un país donde acaba de terminar una guerra civil y cuya estabilidad depende de la capacidad de liderazgo de la personalidad en cuestión. Debe reconocerse, por ejemplo, que las perspectivas de que las negociaciones destinadas a resolver una controversia con un Estado enemigo resulten afectadas o de que la caída del gobierno provoque una guerra civil forman parte de los intereses vitales del Estado. Por lo que se refiere a la inmunidad *ratione personae*, el Sr. Valencia-Ospina tendería a no aceptar necesariamente en bloque la ortodoxia dominante sin examinar detalladamente los distintos fundamentos en conflicto de las excepciones a la inmunidad. Es posible que haya una solución matizada para esos conflictos de carácter normativo y práctico. En efecto, tal vez cupiera prever una excepción parcial a la inmunidad *ratione personae* que permitiera el procesamiento de funcionarios del Estado por delitos graves de derecho internacional sin que el Estado sufriera un daño grave e irreparable.

24. Para terminar, el Sr. Valencia-Ospina desea concentrarse en dos cuestiones más específicas. En primer lugar, e independientemente de las modificaciones que puedan introducirse en la inmunidad *ratione personae* o en la falta de esta, se debería velar por mantener la uniformidad necesaria entre la inmunidad *ratione personae* en general y la inmunidad *ratione materiae* que puedan oponerse a una orden de comparecencia. Si un alto funcionario goza en general de una, también deberá gozar de la otra. En la causa *Blaškić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estimó, en relación con la orden de comparecencia dictada contra un jefe de Estado, que los altos funcionarios son solo instrumentos del Estado y que sus actos oficiales solo pueden atribuirse a este. Según la Sala, no pueden

<sup>90</sup> Ch. Bassiouni, «International crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4 (otoño de 1996), págs. 63 a 74.

ser sancionados o condenados a penas por conductas que no son privadas sino que se han adoptado en nombre de un Estado [párrafo 38 de la sentencia]. En otras palabras, los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias de actos ilícitos que no les sean imputables personalmente sino atribuibles al Estado en cuyo nombre actúan. Como se señala en una nota correspondiente al párrafo 51 del segundo informe, la Sala de Apelaciones observó que los actos de ejercicio de autoridad del Tribunal estaban sujetos a normas análogas a las que se aplicaban a un tribunal nacional. Su posición se basa a la vez en la inmunidad *ratione personae* general de los altos dirigentes y en la inmunidad *ratione materiae* de los demás funcionarios del Estado. El fundamento de la inmunidad *ratione personae* de lo que se ha convenido en denominar la «tríada» se basa en el respeto del principio de igualdad soberana —*par in parem non habet imperium*— y en el del reconocimiento de que toda excepción a la inmunidad de la «tríada» podría comportar un sometimiento de hecho del Estado del funcionario, ya que impediría a los altos funcionarios desempeñar sus funciones.

25. Existen las mismas preocupaciones en relación con la invitación a presentar pruebas o a prestar testimonio en el juicio oral. Si puede obligarse a un alto dirigente a presentar documentos, estos probablemente sean documentos oficiales que estén debidamente bajo el control del Estado soberano. Con respecto al testimonio en el juicio oral, es un principio fundamental de la soberanía que el jefe del Estado y otros miembros del ejecutivo puedan comunicarse libremente con sus subordinados a fin de coordinar eficazmente los asuntos de gobierno. Los miembros de la «tríada», en particular, deben poder comunicarse con sus homólogos de otros Estados para la conducción de las relaciones exteriores. Si cabe que el propio poder judicial de un Estado —como poder de igual rango que el ejecutivo— requiera la comparecencia de un miembro del ejecutivo como testigo, no cabe decir lo mismo de los jueces de un Estado extranjero. Además, la facultad de dictar una orden de comparecencia supone el poder de hacer respetar la orden mediante un proceso por desacato al tribunal. En la medida en que la segunda facultad se deriva de la primera, esta atenta contra la inmunidad *ratione personae*. Como señala el Relator Especial en el párrafo 41 de su informe, un funcionario extranjero no puede ser sometido a un proceso penal que le impida ejercer sus funciones al imponerle obligaciones. Conviene también indicar que la inmunidad, incluso si se aplica a actos del funcionario realizados en el desempeño de sus funciones, no cesa cuando este cesa en sus funciones. Si el funcionario sabe que puede ser citado para prestar declaración una vez que haya cesado en sus funciones, ello influirá sin duda en su capacidad para dirigir los asuntos del Estado cuando todavía esté en ejercicio de sus funciones. No es preciso añadir mucho más para explicar las razones por las que la inmunidad *ratione materiae* protege también a otros funcionarios de la orden de comparecencia dictada por tribunales extranjeros. Como señala el Relator Especial en el párrafo 48 de su informe, una de las cuestiones que se plantearon en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* fue que el funcionario que goce de inmunidad *ratione materiae* también debe gozar de inmunidad con respecto a la citación de un juez a prestar testimonio sobre actos ejecutados en el desempeño de sus funciones. La facultad

de dictar una orden de comparecencia comporta un poder sancionador, por lo que siempre que la inmunidad *ratione materiae* se aplique a otros procesos penales lógicamente también deberá aplicarse a la orden de comparecencia y al proceso por desacato.

26. Por último, parece que, en determinados casos, la inmunidad *ratione personae* puede aplicarse a otros dignatarios distintos de los miembros de la «tríada». Ese privilegio debe hacerse extensivo a otros altos funcionarios que viajen y conduzcan los asuntos exteriores de manera comparable a un ministro de relaciones exteriores. Por ejemplo, un ministro de defensa debería sin duda entrar dentro de esa categoría ya que, como señaló la Corte de Bow Street en la causa *Mofaz*, es indudable que muchos Estados tienen tropas estacionadas en el extranjero y que hay muchas misiones de las Naciones Unidas en las que las cuestiones militares desempeñan un papel fundamental a las que un ministro debe visitar. Además, en el caso de los intentos de enjuiciar al Ministro de Defensa de los Estados Unidos al que se refiere el Relator Especial en una nota del párrafo 15 de su segundo informe, el fiscal francés consideró que el exministro de defensa norteamericano, Donald Rumsfeld, debía gozar de inmunidad porque había desempeñado funciones que equivalían en parte a las de un ministro de relaciones exteriores. Sería útil que la Comisión siga investigando el alcance exacto de esa inmunidad: si no puede hacerse extensiva a todos los funcionarios de menor rango que se desplazan al extranjero, debería poder aplicarse a las personalidades cuyas funciones consisten fundamentalmente en viajar y dirigir los asuntos internacionales de su Estado.

27. Sir Michael WOOD felicita al Relator Especial por la gran calidad de su segundo informe, a pesar de que puedan advertirse algunas omisiones, sobre todo con respecto a la jurisprudencia, como el propio Relator Especial ha reconocido. Espera con interés el tercer informe sobre los asuntos de procedimiento, que constituyen un elemento fundamental del tema. Se dispondrá entonces de una visión completa de los puntos de vista del Relator Especial.

28. Sir Michael felicita también a la Secretaría por su excelente memorando preparado en 2008<sup>91</sup>. Tanto el informe preliminar del Relator Especial<sup>92</sup> como el memorando constituyen una fuente de información de valor incalculable. Tal vez conviniera actualizar este último, llegado el caso en forma de adición.

29. Sir Michael no comparte la mayoría de las críticas que se han formulado al segundo informe durante el debate. Es absolutamente lógico que existan divergencias entre los miembros de la Comisión, pero no sirve de nada adoptar una actitud maniquea en el debate, contraponiendo el bien y el mal, la obligación de rendir cuentas y la impunidad. Además, es injusto afirmar que el hecho de estar a favor de la inmunidad equivalga a defender la impunidad, o dar por supuesto que los partidarios de la *lex lata* son unos anticuados. Como ha señalado el Sr. Dugard, los miembros de la Comisión son juristas y no militantes a favor de una u otra causa.

<sup>91</sup> A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

<sup>92</sup> *Anuario...* 2008, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

30. Sir Michel está de acuerdo básicamente con las observaciones sumamente interesantes formuladas la víspera por los Sres. Vasciannie y McRae. Al igual que los Sres. Petrič y Valencia-Ospina, refrendaron el contenido básico del informe antes de referirse a determinadas cuestiones concretas. Huelga decir que determinados aspectos del tema requieren un estudio más a fondo. Tal vez fuera útil, por ejemplo, contar con un análisis más detallado de los trabajos anteriores de la Comisión que ofrecen interés para el tema que se examina, así como otros estudios de las excepciones a la norma de la inmunidad, en los que se hace hincapié en la práctica de los Estados y las decisiones de sus tribunales. En esos estudios se debería distinguir claramente entre la *lex lata* y las propuestas *de lege ferenda*, distinción esta tan acertadamente subrayada por el Sr. Vasciannie en la sesión anterior. Los puntos de vista de las organizaciones militantes, las instituciones privadas y la doctrina tienen sin duda interés, pero no debe concedérseles más del que merecen.

31. El tema objeto de examen lamentablemente es una de las esferas del derecho internacional en la que los deseos piadosos están en boga. Para quienes los formulan, los magistrados disidentes tienen razón independientemente de la decisión del tribunal. Sir Michael observa además, a ese respecto, que comparte plenamente la opinión del Sr. Pellet sobre los argumentos de los magistrados que formaron parte de la minoría en la causa *Al-Adsani*. En la causa *Jones*, algunos podrían decir que la jurisdicción inferior tenía razón, a pesar de que su decisión fuera anulada ulteriormente por la Cámara de los Lores.

32. Si la Comisión se inclina a favor de la opción *de lege ferenda*, como sugiere el Sr. Dugard, debe hacer hincapié, para que sus trabajos tengan valor, en los aspectos prácticos de la cuestión, habida cuenta de la importancia que tiene la inmunidad en las relaciones entre Estados, como han señalado los Sres. Vasciannie, McRae y Valencia-Ospina. Las excepciones a las inmunidades consuetudinarias llevan en germen el peligro de abusos, así como el de perturbar gravemente las relaciones internacionales por alentar a la «guerra del derecho» (*lawfare*).

33. Sir Michael considera que la Comisión debe examinar detenidamente y con espíritu crítico los documentos disponibles, como hace el Relator Especial en sus informes. Las citas de la jurisprudencia no deberían sacarse de contexto. En efecto, la causa *Pinochet* no debería servir de referencia obligatoria para toda propuesta de carácter general sobre el derecho internacional. Se refería a la interpretación y aplicación de un tratado determinado, a saber, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en la que Chile y el Reino Unido, así como España, eran partes, y trataba de los efectos de esa Convención sobre la inmunidad de un ex jefe de Estado.

34. La Comisión debe tener en cuenta ciertas distinciones y precisiones importantes. En primer lugar, la inmunidad de jurisdicción civil y penal plantean cuestiones radicalmente diferentes. La distinción no es arbitraria ni artificial; es consustancial al tema, y la Comisión solo debe centrarse en la segunda. Además, debe establecerse una distinción clara entre la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la inmunidad de jurisdicción

penal interna. A ese respecto, solo la segunda interesa a la Comisión, ya que la primera, por lo general, se rige por tratados o resoluciones del Consejo de Seguridad. Por último, las referencias a los «delitos internacionales», a los «delitos tipificados en el derecho internacional», a los «delitos graves tipificados en el derecho internacional» o a los delitos que constituyen violaciones del *ius cogens* no son muy útiles si no se definen los términos.

35. Sir Michael desea hacer algunas breves observaciones sobre tres cuestiones importantes que se derivan de los trabajos del Relator Especial y del memorando de la Secretaría. En primer lugar, conviene no perder de vista el derecho relativo a las misiones especiales —tanto el derecho convencional como, más específicamente, el derecho consuetudinario internacional en la materia, en relación con el cual algunas jurisdicciones internas han dictado fallos interesantes. El derecho relativo a las misiones especiales tiene una gran importancia práctica con respecto a la inmunidad de los funcionarios, en la medida en que permite proteger al menos a las personalidades de alto nivel que estén en viaje oficial en un Estado extranjero.

36. En segundo lugar, parece haber amplio acuerdo (aunque no unánime) entre los Estados y los tribunales con respecto a la inmunidad *ratione personae* de la «tríada». El fallo dictado en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ha sido muy criticado por algunos, si bien se ha aceptado en la práctica por considerar que refleja la situación actual del derecho. A ese respecto, Sir Michael señala a la atención el artículo 21 de la Convención de 1969 sobre Misiones Especiales, que se refiere a la inmunidad concedida a la «tríada» y a «otros altos funcionarios del Estado» por el derecho internacional. La principal cuestión consiste en determinar qué categorías de personas, aparte de la «tríada», gozan de inmunidad *ratione personae*. Para ello conviene examinar los fundamentos de la inmunidad. Según Sir Michael, cuya opinión es confirmada por varias decisiones judiciales, la inmunidad debería hacerse extensiva por lo menos a los miembros de un gobierno cuyos viajes al extranjero sean un aspecto fundamental de su función y representen un elemento importante de la libertad del Estado para elegir a las personas que han de representarlo en el plano internacional. Ahora bien, actualmente un Estado solo podrá estar representado en el plano internacional por personas de su elección si un grupo de personas que no se limite a la «tríada» puede viajar libremente. Cabe pensar, por ejemplo, en los ministros de comercio exterior y de defensa, o en los viceministros en los sectores pertinentes.

37. La tercera cuestión hace referencia al alcance de la inmunidad *ratione materiae* (inmunidad funcional), que parece ser el aspecto del tema que plantea más dificultades. ¿Qué funcionarios y exfuncionarios del Estado gozan de inmunidad y cuál es el alcance de esta? La inmunidad se aplica a los funcionarios que podrían reclamar la inmunidad *ratione personae*, una vez terminado su mandato, así como quienes gozan de inmunidad *ratione materiae*. La inmunidad funcional no comprende las acciones u omisiones de carácter privado. Abarca los actos oficiales atribuibles al Estado, independientemente de que sean o no *intra vires*, o lícitos, en virtud de la legislación

interna del Estado. En la sesión anterior, el Sr. Gaja puso un ejemplo en el que el Estado interesado aparentemente no había reclamado la inmunidad por los actos de sus representantes. Al parecer, se debió al hecho de que no deseaba reconocer esos actos como propios. Este ejemplo muestra la estrecha relación que existe entre la atribución a efectos de la responsabilidad del Estado y la atribución a efectos de la inmunidad.

38. Antes de concluir, Sir Michael desea aclarar una cuestión planteada anteriormente en el debate en relación con un curioso reportaje de la BBC sobre la inmunidad del Jefe del Estado libio y su familia. Para recordar los hechos, las personas que gozan de inmunidad, en virtud de la legislación británica sobre inmigración, normalmente no son objeto de control al entrar en el territorio. Sin embargo, esa dispensa puede dejarse sin efecto en virtud de la Ley de 1978 relativa a la inmunidad de los Estados. El 26 de febrero de 2011 se decidió anular la dispensa de control de entrada en el territorio a la que, llegado el caso, podrían acogerse el Sr. Kadhafi y los miembros de su familia. Ahora bien, esa cuestión evidentemente no tenía nada que ver con la inmunidad de jurisdicción penal.

39. En relación con la labor futura de la Comisión sobre el tema, Sir Michael considera, al igual que el Sr. McRae, que la creación de un grupo de trabajo sería prematura. La Comisión necesita tiempo para reflexionar. La creación de un grupo de trabajo durante el actual período de sesiones solo tendría el efecto de reiterar y formalizar los distintos puntos de vista expresados durante el debate. Debe evitarse tomar de manera anticipada decisiones que la Comisión deberá adoptar con los nuevos miembros que la compongan al inicio del quinquenio siguiente. Por tanto, conviene oír lo que los Estados tengan que decir sobre el tema en la Sexta Comisión en el otoño de 2011, a la luz tanto de los informes del Relator Especial como del debate en curso. Huelga decir que la Comisión oír con interés lo que otros tengan que decir, piensa en las organizaciones no gubernamentales, los profesionales o los universitarios. Los debates quedarán fielmente reflejados en el informe de la Comisión gracias a los esfuerzos del Relator y al excelente trabajo de su secretaria. Tal vez debiera hallarse el medio de publicar oportunamente las actas resumidas de la labor de la Comisión en su sitio web para que pudieran consultarse durante el debate.

40. El Sr. WISNUMURTI felicita al Relator Especial por su segundo informe, que se centra en cuestiones concretas, en particular la importante excepción a la regla de la inmunidad. Comparte la opinión, expresada algunos días antes por el Sr. Dugard, de que los miembros de la Comisión son juristas independientes que deben decidir la mejor manera de proceder en cada tema para obtener resultados. Desde esa perspectiva, es fundamental no olvidar que el producto que la Comisión desea presentar a los Estados Miembros de las Naciones Unidas en forma de proyecto de artículos, u otra forma, debe resultar cómodo para los usuarios y servir efectivamente los intereses de la comunidad internacional. Esas observaciones son aplicables al tema que se examina. A ese respecto, es fundamental que la Comisión no excluya ninguna de las opciones abordadas en el segundo informe y realice un debate a fondo con miras a llegar a un consenso.

41. El informe contiene mucha información sobre la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la *opinio juris* relativas a los distintos aspectos del tema, en particular el alcance de la inmunidad *ratione materiae* y de la inmunidad *ratione personae*, las relaciones entre la inmunidad y la jurisdicción universal y entre la inmunidad y el principio *aut dedere aut judicare*, así como las excepciones a la regla de la inmunidad, a las que el Relator Especial ha dedicado gran parte de su informe, orientando así desde un principio el debate de la Comisión hacia un punto de vista determinado. El Sr. Wisnumurti confía en que el Relator Especial tome en consideración las distintas opiniones expresadas por los miembros de la Comisión.

42. El Sr. Wisnumurti, que está de acuerdo con muchas de las consideraciones del Relator Especial, acertadamente resumidas en el párrafo 94 del segundo informe, desea formular algunas observaciones sobre varias de ellas.

43. En primer lugar, conviene en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario por los actos llevados a cabo en el desempeño de funciones oficiales es la norma general, mientras que la ausencia de inmunidad en cualquier caso particular constituye una excepción a esa norma, como se indica en el párrafo 94 *a* del informe. También aprueba la consideración formulada en el párrafo 94 *b* de que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera en relación con los actos realizados en el desempeño de funciones oficiales, por cuanto esos actos son también imputables al Estado a que esos funcionarios sirven. Esa inmunidad se deriva de la soberanía del Estado, que tiene derecho a invocarla o renunciar a ella ante la jurisdicción penal de otro Estado. El principio de soberanía, al que se hizo referencia durante el debate, ha evolucionado y sigue evolucionando. Es indudable que ha sido conformado por la práctica de los Estados, pero también por nuevos valores y nuevos principios, que hacen hincapié en la necesidad de proteger los derechos humanos y el derecho humanitario. La Comisión deberá tener en cuenta esa evolución en sus debates.

44. Si bien es cierto que ha examinado más a fondo los conceptos de inmunidad *ratione materiae* y de inmunidad *ratione personae* que ya había abordado en su informe preliminar, el Relator Especial ha dedicado, sin embargo, la mayor parte de su informe a la excepción a la norma de la inmunidad, que en definitiva influirá en el alcance de la inmunidad. A ese respecto, el Sr. Wisnumurti ha tomado nota del argumento formulado por el Relator Especial en el párrafo 18 de su informe en el sentido de que, si antiguos funcionarios fueren sometidos o debieren someterse a una jurisdicción penal extranjera por actos realizados en el desempeño de sus funciones cuando se encontraban ejerciendo oficialmente su cargo, deberá demostrarse la ausencia de inmunidad y no la existencia de esa norma. El Relator Especial llega a la conclusión, por su parte, de que la inmunidad es la norma en el derecho internacional consuetudinario general, mientras que la existencia de excepciones a la regla debe demostrarse. Ese criterio constituye un buen punto de partida para examinar la esencia de la excepción a la norma de la inmunidad.



45. Tras examinar acertadamente la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la *opinio juris* para determinar si las excepciones a la norma de la inmunidad se fundamentan en el derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial concluye, en los apartados *n* y *o* del párrafo 94 de su informe, que los diversos argumentos presentados para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios no son suficientemente convincentes, y rechaza la idea de que esas excepciones constituyan una norma emergente de derecho internacional. Según el Sr. Wisnumurti, tales conclusiones son un poco demasiado categóricas. Aunque el análisis de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia y de la *opinio juris* constituye un buen punto de partida, la Comisión no debería olvidar su responsabilidad colectiva de ir más allá de esas conclusiones. Debe superar las divergencias conceptuales o ideológicas, especialmente con respecto al ámbito de aplicación y el alcance de la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, para establecer, en particular, un equilibrio entre la inmunidad que se deriva de la soberanía del Estado, por una parte, y la necesidad de evitar la impunidad, por la otra.

46. La Comisión conviene en que los funcionarios gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* por los actos oficiales realizados. Esa inmunidad se hace extensiva a los actos oficiales llevados a cabo por los funcionarios durante su mandato, pero también después de haber cesado en sus funciones. Por el contrario, no se aplica a los actos realizados antes de haber empezado a desempeñar sus funciones. Sin embargo, el Sr. Wisnumurti no está de acuerdo con la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 94 *f* de su informe según la cual la inmunidad *ratione materiae* abarca los actos que comportan abuso de poder de los funcionarios del Estado, así como sus actos ilícitos. Conviene subrayar que, en la medida en que la inmunidad se deriva de la soberanía del Estado a cuyo servicio está el funcionario, tal inmunidad debe cesar cuando este comete actos que no están relacionados con su mandato. Además, el Sr. Wisnumurti también alberga dudas con respecto a la consideración formulada en el párrafo 94 *e* en el sentido de que un funcionario que realice un acto comercial goza de inmunidad de jurisdicción penal extranjera si ese acto se atribuye al Estado. El Relator Especial tal vez podría precisar qué entiende por «acto comercial».

47. El Sr. Wisnumurti está plenamente de acuerdo en que la inmunidad *ratione personae* se aplica a los más altos dirigentes del Estado, a saber, el presidente, el primer ministro y el ministro de relaciones exteriores. Por el contrario, no cree que puedan gozar de ella otros altos funcionarios. A juicio del Relator Especial, se considera que el alcance de la inmunidad personal es absoluto. Se hace extensiva a los actos ilícitos cometidos en el desempeño de funciones oficiales y a título privado, incluso antes de tomar posesión del cargo. El Sr. Wisnumurti subraya la necesidad de establecer un equilibrio entre el principio de inmunidad que se deriva de la soberanía nacional y la necesidad de luchar contra la impunidad. Para conseguirlo, es preciso contemplar la necesidad de someter la inmunidad *ratione personae* a ciertas limitaciones, en particular restricciones que satisfagan la exigencia de justicia y respondan a la obligación de rendición de cuentas,

que son características del mundo contemporáneo. La Comisión debe examinar, desde una perspectiva jurídica y política, la posibilidad de elaborar, dentro del marco del desarrollo progresivo del derecho internacional, normas sobre esas limitaciones, con arreglo a las cuales la inmunidad *ratione personae* no debiera hacerse extensiva a los actos que conculquen normas imperativas del derecho internacional, en particular la prohibición impuesta a altos funcionarios del Estado de cometer actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y de agresión, tanto en el desempeño de sus funciones oficiales como en el marco de su propia iniciativa privada. Sin embargo, es necesario que la inmunidad *ratione personae* solo deje de aplicarse cuando los altos funcionarios hayan cesado en sus funciones. A ese respecto, la Comisión no debe perder nunca de vista la importancia de mantener la estabilidad de las relaciones internacionales. Por lo tanto, es preciso actuar con mucha prudencia habida cuenta del carácter sumamente delicado de los asuntos en cuestión.

48. Con respecto al establecimiento de un grupo de trabajo, la propuesta es interesante, pero no parece oportuna actualmente. Antes de crear un grupo de trabajo, la Comisión debe celebrar un debate más a fondo en sesión plenaria en el que poder basar sus trabajos.

49. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, si bien reconoce la coherencia y el rigor de los informes presentados por el Relator Especial, no se adhiere necesariamente a los postulados que se reflejan en los mismos. El debate ha puesto de manifiesto la pluralidad de sensibilidades y aproximaciones de los miembros de la Comisión a ese tema, como no podía ser menos teniendo en cuenta las cuestiones centrales que subyacen bajo el mismo: la soberanía del Estado y su alcance; la inmunidad y su naturaleza procedimental y/o sustantiva; el alcance absoluto o restringido de la inmunidad; la definición de «acto oficial»; la determinación de los altos funcionarios del Estado a que se aplica dicha inmunidad; la relación entre responsabilidad internacional e inmunidad; o la distinción entre inmunidad e impunidad, entre otros.

50. La importancia del tema se pone de manifiesto por el hecho de que afecta a cuestiones centrales del derecho internacional, pero también por otros dos elementos que deben ser tenidos en cuenta: por una parte, es un tema de notable interés para los Estados; por la otra, permite una aproximación basada en los dos pilares del mandato de la Comisión, a saber, la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En resumen, la óptica de la Comisión debe ser doble: debe ocuparse no solo de la *lex lata*, sino que debe tener igualmente en cuenta la *lex ferenda*.

51. Teniendo presente el interés que el tema tiene para la Sexta Comisión y un buen número de Estados, la Sra. Escobar Hernández estima, al igual que otros miembros de la Comisión, que puede ser útil constituir un grupo de trabajo encargado de elaborar un modelo de aproximación al tema que se examina y pueda también servir de base a los trabajos futuros de la nueva Comisión. Es cierto que la Comisión tiene ante sí un importante volumen de trabajo, pero no es menos cierto que los temas que deben finalizarse durante el quinquenio

en curso deben avanzar a un ritmo adecuado; además, la importancia del tema no justifica demoras en su tratamiento. Por otro lado, la constitución del grupo de trabajo en nada perjudicaría la autonomía de la nueva Comisión que será elegida en otoño de 2011; por el contrario, se verá beneficiada por un esfuerzo suplementario de clarificación relativo al enfoque que debe seguir el tratamiento del tema.

52. No puede realizarse un correcto enfoque del tema sin tener en cuenta la relación fáctica —y a veces de otro tipo— existente entre las categorías de inmunidad e impunidad. Esa cuestión debe constituir uno de los elementos centrales del trabajo de la Comisión, por dos motivos: en primer lugar, porque el análisis de esa relación pone en conexión dos elementos esenciales del derecho internacional contemporáneo, a saber, la necesidad de preservar la institución de la inmunidad en cuanto instrumento al servicio de la protección de las funciones del Estado en el marco de las relaciones internacionales (y, por ello, de la soberanía del Estado), y la necesidad de preservar los valores esenciales de la comunidad internacional. En segundo lugar, porque ambas categorías, la inmunidad y la impunidad, remiten al plano de la responsabilidad internacional, tanto del Estado como del individuo, que no puede ser dejada de lado en el tratamiento de la inmunidad, ya que podría traducirse en la práctica en la imposibilidad —temporal o no, absoluta o no— de deducir la oportuna responsabilidad penal de los altos funcionarios del Estado.

53. En consecuencia, el análisis del tema deberá producirse de tal forma que no pueda traducirse en la consagración de técnicas de impunidad. Y ello no solo por razones de principio, sino también por la constatación, incuestionable en la actualidad, de que en el derecho internacional contemporáneo se ha consolidado una clara tendencia a favor de la lucha contra la impunidad, como instrumento para la protección de valores esenciales de la comunidad internacional. Es cierto que esa tendencia se produce esencialmente en el ámbito internacional a través de la consolidación del fenómeno de los tribunales penales internacionales, pero no hay razón alguna para que ello no se proyecte también sobre el ejercicio de la jurisdicción penal internacional.

54. La Sra. Escobar Hernández considera que la Comisión debería tener muy en cuenta que el tratamiento que se dé al tema no debe traducirse, en términos prácticos, en la consolidación de formas, siquiera sean indirectas, de impunidad. Es necesario asegurar un correcto equilibrio en el tratamiento de las categorías de inmunidad e impunidad. Es cierto que la inmunidad no puede convertirse en una forma solapada de impunidad, pero no es menos cierto que la institución de la inmunidad cumple una función en el derecho internacional contemporáneo que no debe minusvalorarse. Desde esa perspectiva, la Comisión no puede ignorar esta realidad. Sin embargo, la preservación de la inmunidad del Estado o de sus agentes o altos funcionarios no puede entenderse sino en términos funcionales, lo cual plantea necesariamente la pregunta de cuál es la finalidad para la que se reconoce la inmunidad. Este enfoque funcional debe proporcionar importantes elementos de juicio tanto a la hora de definir el alcance subjetivo de esa forma de inmunidad (¿quiénes son los

altos funcionarios que se benefician de ella en interés del Estado?) como a la hora de definir el alcance de las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*. La dimensión funcional de la inmunidad puede tener igualmente consecuencias sobre el alcance de la inmunidad y la identificación de posibles excepciones a la misma.

55. En resumen, si la inmunidad es funcional, es obvio que solo se deberá reconocer para proteger las funciones propias del titular de la inmunidad y, por tanto, para proteger las funciones propias del Estado. Las consecuencias de este razonamiento sobre la inmunidad *ratione materiae* pueden deducirse fácilmente: un acto cometido por un alto funcionario del Estado que pueda considerarse como delito, en especial si es un crimen internacional, difícilmente podrá beneficiarse de una inmunidad funcional reconocida exclusivamente a los fines de preservar las funciones del Estado, y ello aunque dicho acto pueda ser imputable al Estado en términos de responsabilidad.

56. En segundo lugar, no puede ignorarse que el Estado tiene una función esencial irrenunciable, como es el mantenimiento de relaciones internacionales. Esa función del Estado también debe protegerse a través de la inmunidad, incluida la inmunidad de jurisdicción penal. Desde esa perspectiva, es obvio que los funcionarios del Estado que ejercen dicha función o que participan en la representación internacional del Estado deben estar protegidos frente a toda forma de coerción penal, incluso aunque hayan cometido ciertos crímenes. Ello explica la definición de una responsabilidad *ratione personae* que, sin duda, tiene un alcance más amplio que la responsabilidad *ratione materiae*. La necesidad de proteger esa función concreta de la representación del Estado obliga a una interpretación restrictiva de la dimensión subjetiva de la inmunidad. Por consiguiente, si se deja a un lado la inmunidad de los agentes diplomáticos —inclusive en misión especial— y de los funcionarios consulares, el número de personas que podrían beneficiarse de ese tipo de inmunidad debe ser tan reducido como sea posible, limitándose básicamente a la denominada «troika»: jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de asuntos exteriores.

57. En tercer lugar, la inmunidad, si es funcional, debe estar limitada al período en que su beneficiario ha ejercido la función que se pretende proteger. A juicio de la Sra. Escobar Hernández, ello es aplicable tanto a la inmunidad *ratione materiae* como a la inmunidad *ratione personae*, si bien es cierto que la diversidad de funciones que se protegen en uno y otro caso obliga a introducir matizaciones en la forma en que se aplica la limitación temporal.

58. La Sra. Escobar Hernández considera que el tema relativo a la relación existente entre responsabilidad e inmunidad merece un comentario especial. El tema ha sido suscitado por el Relator Especial a los efectos de definir el concepto de «acto oficial». Todo acto cometido por un agente o funcionario del Estado en el marco de sus funciones (incluso si es un acto *ultra vires*) es, a juicio del Relator Especial, imputable al Estado y constituye, por tanto, «un acto oficial», que también se vería cubierto, en consecuencia, por la inmunidad. Teniendo esto en cuenta, la Sra. Escobar Hernández no cree que pueda formularse objeción alguna al hecho de que los actos *ultra*

*vires* cometidos por un funcionario sean imputables al Estado en términos de responsabilidad. Afirmar otra cosa iría en contra de la tendencia del derecho internacional vigente. En cambio, considera más discutible que dichos actos *ultra vires* puedan ser considerados como actos del Estado (y, por tanto, como «actos oficiales») en términos de inmunidad. Si esta protege una función, en principio, y salvo en los casos excepcionalísimos de la inmunidad *ratione personae*, solo serán actos oficiales los actos propios de tal función y no los actos cometidos por funcionarios del Estado en el marco de dicha función que, por ejemplo, sean contrarios a normas de derecho internacional que protegen valores esenciales de la comunidad internacional.

59. Con lo que acaba de afirmar, la Sra. Escobar Hernández no mantiene que no exista relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. En realidad, va más allá, en la medida en que considera que también existe una relación entre dicha inmunidad y la responsabilidad penal del individuo, incluso internacional. Pero dicha relación se produce, en unos parámetros muy concretos, a los fines de modular o limitar (aunque sea temporalmente) el ejercicio de la competencia del Estado o de una institución internacional para depurar la responsabilidad de personas que se benefician de la inmunidad. La citada relación, sin embargo, no puede tener incidencia alguna en la definición de la responsabilidad internacional del Estado que, como ha señalado la jurisprudencia y se consagra, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es independiente de la responsabilidad penal en que pueda incurrir una persona por los mismos actos.

60. En resumen, aunque sea posible imputar ciertos actos del funcionario al Estado, ello es relevante siempre en términos de la responsabilidad internacional del Estado, pero no puede serlo necesariamente en términos de inmunidad, puesto que esta institución tiene como consecuencia, precisamente, la limitación de los efectos que pueden deducirse en el marco de una responsabilidad distinta: la responsabilidad penal, que es imputable exclusivamente al individuo.

61. Para finalizar, la Sra. Escobar Hernández se refiere a la cuestión del alcance de la inmunidad, que sin duda es uno de los puntos en que su opinión se encuentra más distanciada de la reflejada por el Relator Especial en su informe. En efecto, este mantiene una concepción absoluta tanto de la inmunidad *ratione personae* como en el plano de la inmunidad *ratione materiae*, y añade que ni de la doctrina, ni de la jurisprudencia, ni de la práctica puede deducirse la posibilidad de formular excepciones a la inmunidad, salvo las que puedan ser establecidas en virtud de tratados.

62. Por su parte, la Sra. Escobar Hernández considera que el carácter absoluto de la inmunidad, precisamente por su dimensión funcional, no puede predicarse en términos idénticos respecto de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Mientras que en el primero de los casos se mostraría más favorable a la naturaleza absoluta de la inmunidad (por supuesto limitada temporalmente al período de desempeño de la

función), en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, que debe ponerse en relación siempre con el tipo de acto realizado por el funcionario que pretende beneficiarse de la inmunidad, introduce elementos de relatividad no desdeñables.

63. Además, se observan en la práctica internacional manifestaciones de la tendencia a introducir excepciones respecto de la inmunidad de jurisdicción penal. Esas manifestaciones se producen de forma más destacada en relación con la jurisdicción penal internacional, pero también se pueden encontrar ejemplos en las jurisdicciones internas. En todo caso, las excepciones a la regla general de la inmunidad merecen un tratamiento *de lege ferenda*.

64. El Sr. NOLTE empieza abordando determinadas cuestiones fundamentales planteadas por el Sr. Dugard y otros miembros. En particular, el Sr. Dugard se ha mostrado muy crítico con respecto al informe que se examina, cuyo propio fundamento ha atacado, y ha invitado a los miembros de la Comisión a reconocer la función legislativa que les incumbe y a no esconderse detrás de la «hoja de parra» de la codificación.

65. El Sr. Nolte recuerda que proviene de un país cuyas autoridades fueron culpables, en el pasado, de delitos internacionales espantosos. Los alemanes de su generación consideran, por tanto, el proceso de Nuremberg como una etapa muy importante del desarrollo del derecho internacional y apoyan muy activamente a la Corte Penal Internacional. El Sr. Nolte expresa su profundo rechazo de los delitos internacionales de la época actual y desea desde luego que no permanezcan impunes. Por otra parte, no duda de que el objetivo común es acabar con la impunidad. Por ello se debería evitar, a su juicio, presentar el debate como si hubiera un enfrentamiento entre quienes sienten empatía y orientan su mirada hacia el porvenir y los retrógrados y desalmados, que defienden una concepción superada del Estado, de la soberanía y del derecho internacional.

66. A juicio del Sr. Nolte, la verdadera cuestión que se plantea es cómo aplicar el principio de inmunidad y cómo enmarcarlo en el ordenamiento jurídico internacional en su forma actual y tal como evolucione. Sería demasiado sencillo contentarse con decir que la tendencia general del derecho internacional consiste en reconocer que los delitos más graves no deben quedar impunes, y que la inmunidad de los funcionarios debería, por tanto, limitarse considerablemente, por no decir, como preferiría el Sr. Dugard, suprimirla pura y simplemente. El Sr. Vasciannie ha argumentado acertadamente que una restricción excesiva de la inmunidad de los funcionarios comportaría el riesgo de crear tensiones graves en las relaciones internacionales. En efecto, ya no estamos en 1999, una época en la que se consideraba que los juicios por delitos internacionales solo afectarían a dictadores depuestos o genocidas en desbandada. En la actualidad, los procesos también se refieren a situaciones más ambiguas, por ejemplo los crímenes de guerra que puedan cometer tropas de países desarrollados que participen en una operación de mantenimiento de la paz, o casos aún más complejos que se produjeran en el contexto de una guerra civil. El Sr. Nolte no pone objeciones a que ese tipo de situaciones se remita a una jurisdicción penal

internacional, pero duda de que la comunidad internacional inspire la confianza necesaria a las jurisdicciones nacionales para que acepten que se les sustraigan esos asuntos. Ahora bien, si no se considera que las jurisdicciones nacionales son imparciales o dignas de confianza se correría el riesgo de crear tensiones; se contradiría el objetivo perseguido al limitar la inmunidad. Por lo tanto, es preciso que la Comisión reconozca la realidad actual y no se niegue a verla por principios morales. Debe establecer un justo equilibrio entre preocupaciones divergentes que, en cierto sentido, ya están integradas en el derecho, pero que es preciso reevaluar. De esa manera se podrá determinar el criterio que debe adoptarse y examinar el tema en sus distintos aspectos.

67. En el segundo informe del Relator Especial se examinan muchas cuestiones importantes. Los análisis que contiene a menudo son convincentes. Si la Comisión optara por llevar a cabo una labor de codificación, empleando métodos tradicionales como los aplicados durante el examen de las reservas a los tratados, el Sr. Nolte estaría de acuerdo con el enfoque general adoptado por el Relator Especial. Sin embargo, encuentra muy interesante el análisis de la *lex lata* hecho por el Sr. Gaja, que no es favorable al alcance muy amplio de la soberanía funcional preconizada por el Relator Especial, incluso teniendo en cuenta que no ha comprendido del todo cómo se inscribe ese análisis en el derecho internacional consuetudinario actual. Ahora bien, no le convence la afirmación del Sr. Dugard y otros en el sentido de que la Comisión se apartaría de su propia práctica si adoptara el criterio del Relator Especial, ni tampoco de que haya conflicto entre la Comisión y la Corte Internacional de Justicia en relación con la inmunidad de los funcionarios. Por el contrario, considera que el Relator Especial debería distinguir más claramente entre la inmunidad del propio Estado y la de sus funcionarios, así como entre las normas de fondo y las relativas a la jurisdicción, como ha propuesto el Sr. Pellet. No bastaría contentarse con decir que las normas de *jus cogens* tienen preeminencia sobre la norma de la inmunidad. La verdadera cuestión que se plantea es, en primer lugar, el alcance de las normas de inmunidad. No hay que ser necesariamente «hiperwestphaliano» para considerar que su alcance es más amplio que el que el Sr. Pellet les reconoce; sin embargo, esas normas no tienen un alcance tan amplio como el que les da el Relator Especial.

68. La Comisión se encuentra actualmente en una situación difícil, y tiene ante sí tres posibilidades: la primera consiste en hacer suya la posición del Relator Especial, que cabría calificar como el criterio de la codificación. En ese caso, se correría el riesgo de reprochar a la Comisión el hecho de frenar una evolución importante del derecho internacional consuetudinario. La segunda posibilidad es la defendida por el Sr. Dugard, quien se declara abiertamente partidario del desarrollo progresivo. A juicio del Sr. Nolte, ello podría crear tensiones entre los Estados que consideren, con razón, que podrían arreglárselas con la *lex lata*, y algunos tribunales internos verían en la posición de la Comisión un estímulo a interpretar las normas de la inmunidad de manera aún más estricta. Su resultado podría ser una multiplicación de los procesos ante jurisdicciones internas y una pérdida de autoridad del derecho internacional

como fuente de derecho. La tercera posibilidad es la defendida por el Sr. Pellet, que yo denominaría el criterio del desarrollo progresivo bajo forma de *lex lata*, tan astuto como difícil. En efecto, lo que para el Sr. Pellet es la *lex lata* no es necesariamente lo que la Comisión considera como tal. Por lo general, esta se esfuerza en precisar la situación actual de toda la práctica, tanto de los Estados como de otras entidades, y no considera que una regla forme parte de la *lex lata* por la simple aplicación de un principio abstracto. Sin embargo, si decidiera modificar su posición, probablemente le resultara difícil mantener el consenso, que es el fundamento mismo de la autoridad de que gozan sus trabajos.

69. Independientemente del criterio que la Comisión decida adoptar, será muy difícil obtener un resultado satisfactorio. Los miembros de la Comisión deberían reflexionar sobre ello ya que no se trata solo de determinar cuál es el criterio más adecuado aplicable al tema de la inmunidad de los funcionarios, sino también resolver una cuestión decisiva para la Comisión y el prestigio de que goza. Se corre el riesgo de que un tema tan fundamental arrastre a la Comisión a una controversia ociosa, cuando, a juicio del Sr. Nolte, la Comisión debería tratar de abordar los distintos aspectos del problema por separado y determinar cuáles son los que más se prestan a un método de interpretación tradicional. El Sr. Gaja ha hecho una propuesta en ese sentido. La Comisión solo debería iniciar un proceso de desarrollo progresivo de determinados aspectos que tengan un fundamento sólido de *lex lata*. No le incumbe la tarea de legislar en el sentido que Felix Frankfurter<sup>93</sup> o la escuela realista norteamericana dan a ese término, porque no tiene la misma autoridad indiscutible que un parlamento nacional o un juez nacional. Es indudable que el derecho y su interpretación comportan una toma de partido, inclusive de carácter político, si bien las posibilidades de elección son limitadas, y no hay duda de que la legislación está en continua evolución, lo cual no justifica que la Comisión tome atajos aduciendo imperativos de orden moral.

70. A juicio del Sr. Nolte, sería presuntuoso que los miembros de la Comisión trataran en la etapa actual de resolver todas las cuestiones preliminares, dejando los detalles a los miembros de la Comisión del próximo quinquenio. Resultaría más útil, a su juicio, señalar a la atención de los Estados cuál es el estado del debate para que ayuden a la Comisión a determinar el método que debe adoptar: codificación tradicional, desarrollo progresivo o desarrollo progresivo bajo la apariencia de *lex lata*. Al igual que el Sr. McRae, el Sr. Nolte no considera oportuno crear un grupo de trabajo en la etapa actual.

71. El Sr. PELLET considera que el Sr. Nolte ha hecho un buen planteamiento del problema y que efectivamente es preciso hallar un justo equilibrio entre la *lex lata* y la *lex ferenda*. Sin embargo, no cabe decir que una y otra estén tan definidas como el día y la noche, pues también hay la aurora, la salida del sol y el crepúsculo. Podría decirse que se está asistiendo al crepúsculo de una norma antigua, la de la inmunidad y la impunidad, en beneficio de un nuevo derecho, tal vez más respetable, contrario a

<sup>93</sup> F. Frankfurter, «Some reflections on the reading of statutes», *Columbia Law Review*, vol. 47, n.º 4 (mayo de 1947), págs. 527 a 546.

la inmunidad. Aunque no sea labor de la Comisión legislativa, no puede dejar de tener en cuenta esa evolución. No puede permitirse esperar la evolución de los acontecimientos. El Sr. Pellet es muy consciente de que en 2012 se iniciará un nuevo quinquenio, con nuevos miembros, y está convencido de que debe ofrecerse a la Asamblea General una posibilidad verdadera de elección. El debate ha puesto de manifiesto la necesidad de un equilibrio. Ahora bien, si todo se limita a la presentación del tema que hace el Relator Especial en su informe no se conseguirá el equilibrio.

72. El Sr. PETRIČ considera que están en juego la imagen de la Comisión y el mensaje que esta desea transmitir. No se trata de dejar a los Estados un «espacio» en el que puedan sumirse. La Comisión está obligada a afirmar que está a favor de la justicia y que los grandes delincuentes del planeta no deben gozar de impunidad. Este es el mensaje que debe difundir.

73. El Sr. DUGARD, que plantea una cuestión de orden, insiste en la importancia del tema. Sería vano creer que la Comisión pueda concluir su examen en los 45 minutos siguientes. Por tanto, es preciso darse el tiempo necesario para proseguir el examen.

74. El PRESIDENTE recuerda que, como ha señalado el Relator Especial, el examen del tema se proseguirá en la segunda parte del período de sesiones.

75. El Sr. HASSOUNA da las gracias al Relator Especial por su informe, que sin duda alguna ha propiciado el debate en la Comisión. Las cuestiones que en él se plantean son delicadas, complejas y controvertidas. Hacen referencia en particular a las relaciones existentes entre el concepto de inmunidad y el de jurisdicción universal, de la que aún no existe ninguna definición generalmente admitida. El tema también hace referencia a cuestiones tales como la multiplicación de los procesos políticos, los aspectos jurídicos y diplomáticos de la soberanía, los delitos internacionales y los derechos humanos y, en un sentido mucho más amplio, el modo de enfocar el derecho internacional.

76. Para abordar todas esas cuestiones interdependientes, el Relator Especial ha decidido adoptar un criterio tradicional y conservador. Ha concluido que, como regla general, existe inmunidad para los funcionarios del Estado, la cual impide incoar procesos penales, con la precisión de que no hay excepciones claras a esa regla, incluso en caso de violaciones graves de los derechos humanos. Sin embargo, ha dejado acertadamente abierta la posibilidad de abordar de manera distinta el tema, teniendo en cuenta la posición de los miembros de la Comisión que son partidarios de una definición más restrictiva de la inmunidad y un mayor alcance de las excepciones.

77. A juicio del Sr. Hassouna, es importante que la Comisión tenga presentes esas dos series de consideraciones: por una parte, la necesidad de respetar la igualdad soberana de los Estados y el principio de no injerencia en los asuntos internos, que están consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y tienen por objeto garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales, y, por otra

parte, la necesidad imperiosa de proteger los derechos humanos contra las violaciones manifiestas, luchar contra la impunidad y prevenir la comisión de delitos internacionales. En otras palabras, debe conciliar las preocupaciones legítimas de los Estados con los intereses vitales de la comunidad internacional.

78. La única forma de lograrlo consiste en adoptar un criterio equilibrado que se inspire en las fuentes tradicionales del derecho internacional, a saber, la costumbre, al mismo tiempo que toma en consideración las tendencias actuales del derecho internacional, en particular en materia de derechos humanos y delitos internacionales. La codificación debe completarse con una actividad de desarrollo progresivo, dos procesos estos que de hecho están estrechamente relacionados entre sí.

79. Independientemente del criterio que se adopte, el tema de la inmunidad es de los que seguirán planteando muchas cuestiones teóricas, que la Comisión ya ha examinado a fondo, pero también diversas cuestiones de orden práctico, que asimismo merecen examinarse. El Sr. Hassouna se limitará a citar tres ejemplos: en primer lugar, es sumamente importante saber quién tiene autoridad para renunciar a la inmunidad. Se pregunta a ese respecto si un gobierno en el exilio puede renunciar a la inmunidad de un gobierno *de facto* y si el hecho de que el Estado que ejerce jurisdicción, que se propone enjuiciar a funcionarios del gobierno *de facto*, reconozca al gobierno en el exilio como el gobierno *de jure* es pertinente. Se pregunta además si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas está facultado para renunciar a la inmunidad de representantes del Estado y autorizar su enjuiciamiento por los tribunales internos.

80. En segundo lugar, es preciso preguntarse quién determina si tal o tal acto se ha realizado en el desempeño de funciones oficiales o a título personal: ¿el Estado al que pertenecen los autores o los tribunales del Estado receptor?

81. En tercer lugar, por lo que respecta a los tribunales nacionales, si la inmunidad se hace extensiva a todas las medidas adoptadas por los tribunales internos que tienen efectos obligatorios, el Sr. Hassouna se pregunta qué pensar del procedimiento de extradición iniciado ante un tribunal interno. Por el hecho de tener fuerza obligatoria en determinados Estados, ¿sería imposible incoar ese tipo de proceso debido a las inmunidades existentes?

82. Es importante que la Comisión examine todas estas cuestiones. Algunos han propuesto la creación de un grupo de trabajo con ese fin. Esa fórmula permitiría celebrar un debate a fondo, pero también exigiría la presencia constante del Relator Especial, lo que no resultaría demasiado cómodo. El Sr. Hassouna propone que la Comisión prosiga su debate en sesión plenaria durante el tiempo que le queda disponible del período de sesiones en curso y presente a la Asamblea General un resumen de los debates sobre los informes segundo y tercero con el fin de recabar las opiniones y reacciones de los Estados Miembros sobre las distintas cuestiones planteadas en el informe de la Comisión. En su nueva composición, la Comisión dispondrá de todo el tiempo necesario para profundizar en el tema.

83. Algunos miembros han observado que los debates habían puesto de relieve la existencia de posiciones conceptuales muy diferentes en la Comisión. A juicio del Sr. Hassouna, precisamente esa diversidad cultural, jurídica y profesional es el principal activo de la Comisión.

84. El Sr. GALICKI considera paradójico que el Relator Especial, que ha basado su segundo informe principalmente en un análisis a fondo de la práctica de los Estados y la jurisprudencia, haya manifestado una tendencia única, peligrosa y que no inspira ningún optimismo.

85. Además de la cuestión del alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios, la Comisión debe determinar si es necesario prever excepciones a la regla de la inmunidad. Únicamente respondiendo a esa pregunta se podrá llegar a un consenso con respecto a la oportunidad y el alcance de la actividad de codificación del derecho internacional consuetudinario aplicable a los distintos aspectos de la inmunidad de los funcionarios. Ahora bien, los debates celebrados en sesión plenaria han puesto de manifiesto la existencia de divergencias. En todo caso, es importante que la Comisión exprese su apoyo al Relator Especial cuando escribe, en el párrafo 56 de su segundo informe, que «[l]a necesidad de que existan excepciones a la inmunidad se explica, sobre todo, por la necesidad de proteger los derechos humanos contra sus violaciones más flagrantes y masivas y combatir la impunidad».

86. La idea del Relator Especial de elaborar un protocolo facultativo o modelos de cláusulas sobre la limitación o la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios merece ser examinada. El Sr. Galicki comprende perfectamente que el Relator Especial no haya considerado oportuno en esta etapa elaborar proyectos de artículos. Habría sido algo prematuro, ya que es preferible que la Comisión se concentre antes en definir una posición común sobre la cuestión fundamental de si la norma tradicional sigue prevaleciendo sobre la práctica que concede un espacio cada vez mayor a las excepciones a esa regla. El Sr. Galicki apoya plenamente la propuesta de que se establezca un grupo de trabajo encargado de elaborar esa posición.

87. El Sr. Galicki expresa su reconocimiento al Relator Especial por haber planteado en su segundo informe la cuestión de los vínculos existentes entre el establecimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios y otros dos principios importantes de derecho penal internacional, a saber, el de la jurisdicción universal y el de la obligación de extraditar o enjuiciar. Aprueba en particular las observaciones formuladas por el Relator Especial en los párrafos 56 y 79 de su informe, que probablemente resultarán muy útiles a la Comisión cuando prosiga sus trabajos sobre el principio *aut dedere aut judicare*.

88. El Sr. PERERA aprueba básicamente las exposiciones hechas por Sir Michael y el Sr. Nolte en la sesión en curso. Con respecto a la cuestión fundamental de si debe haber excepciones a la norma de la inmunidad, conviene preguntarse, en primer lugar, cuáles serían exactamente los delitos que justificarían tales excepciones. ¿Se trataría exclusivamente de los delitos internacionales más graves,

por ejemplo los actos de genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, o también «otros crímenes de trascendencia internacional», según la expresión consagrada por el Estatuto de Roma? En segundo lugar, conviene preguntarse si las normas imperativas de derecho internacional relativas a las violaciones graves de los derechos humanos prevalecen sobre el principio de la inmunidad soberana porque tendrían un «rango más alto», según varias opiniones citadas por el Relator Especial en su segundo informe. La diversidad de opiniones que se pone de manifiesto a este respecto en el documento es muy considerable, y el Sr. Perera expresa su reconocimiento al Sr. Cafilisch por haber aclarado a la Comisión cuál es la opinión mayoritaria durante la sesión en curso. En tercer lugar, también está la pregunta sumamente interesante formulada por el Sr. Gaja en la sesión anterior sobre los instrumentos internacionales relativos a la lucha contra la delincuencia, como el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil: ¿la inmunidad funcional impediría ejercer una jurisdicción extraterritorial, o esos instrumentos exigen que se incoe un proceso incluso contra un funcionario del Estado que goce de tal inmunidad? Como ha observado el Sr. Gaja, todos los instrumentos de lucha contra la delincuencia que se basan en el principio de «juzgar o extraditar» no dicen nada sobre la inmunidad. Se plantea la cuestión de la interpretación de ese silencio, teniendo en cuenta el fundamento de esos instrumentos, a saber, la voluntad de velar por que los autores de los delitos contemplados no puedan hallar refugio en ninguna parte del mundo. Sin embargo, es pertinente preguntarse si el silencio puede interpretarse de manera más amplia. Se trata de cuestiones complejas que probablemente no tengan respuestas evidentes. Ello no obsta para que la Comisión deba someterlas a un análisis crítico y adoptar un criterio equilibrado con respecto a ellas.

89. La Comisión se enfrenta, por tanto, al desafío de conciliar la necesidad de proteger la soberanía de los Estados, que sigue siendo un elemento fundamental del derecho internacional —aunque ese principio esté registrando actualmente cierta evolución—, la igualdad soberana de los Estados y la estabilidad de las relaciones internacionales con la necesidad de proteger los valores fundamentales de los derechos humanos y, en consecuencia, velar por que los funcionarios de los Estados respondan de todo delito internacional grave que puedan haber cometido.

90. También será necesario recordar el llamado a la prudencia hecho por Sir Ian Brownlie durante el debate de la Comisión sobre el primer informe del Relator Especial para evitar el riesgo de que la multiplicación de las excepciones a la regla de la inmunidad suponga su desaparición.

91. La Comisión también debe ser consciente del efecto negativo que podría tener en la estabilidad de las relaciones convencionales la incoación de un proceso por motivos políticos o como «represalia». A ese respecto, puede ser pertinente recordar la observación formulada por un miembro durante el debate dedicado al primer informe del Relator Especial, a saber, que la estabilidad de las relaciones entre Estados y las normas relativas a la inmunidad no solo protegen los intereses soberanos de los Estados, sino también los valores colectivos relacionados

con los derechos humanos. Por tanto, no debe considerarse que los distintos intereses y principios de que se trata estén necesariamente en conflicto.

92. Teniendo en cuenta la necesidad de proseguir el análisis de esas cuestiones complejas, el Sr. Perera apoya la propuesta de creación de un grupo de trabajo. Sin embargo, está de acuerdo con el Sr. McRae, que ha defendido la conveniencia de esperar al quinquenio siguiente, pues ello permitiría a la Comisión de Derecho Internacional avanzar realmente en su examen tomando en consideración las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión.

93. El Sr. FOMBA desea hacer una breve declaración de carácter más bien político.

94. Se ha subrayado con razón la calidad del segundo informe del Relator Especial. También lo han sido acertadamente los problemas que en él se plantean en el plano tanto práctico como teórico. La cuestión fundamental consiste en determinar cuál es, cuál sería o cuál debería ser la situación del derecho internacional con respecto a la interpretación y la articulación global, lógica y racional de los conceptos de soberanía, de representación del Estado, de responsabilidad y de inmunidad, por una parte, y qué consecuencias se podrían o deberían extraer desde el punto de vista de la *lex lata* o de la *lex ferenda*, por la otra. A ese respecto, se han formulado ideas y propuestas interesantes, que el Sr. Fomba podría aceptar, totalmente o en parte, y que, en todo caso, merecerían ser examinadas más a fondo. En cuanto al método concreto que debe adoptarse, también lo merecen las sugerencias hechas. Bien sea desde el período de sesiones actual o a partir del siguiente, no hay duda de que la Comisión sabrá hallar los medios de hacer avanzar de manera concreta, eficaz y acertada los trabajos iniciados sobre ese tema a la vez importante y sensible.

95. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial) precisa que tiene el firme propósito de presentar su tercer informe durante el actual período de sesiones. Por lo que respecta a la creación de un grupo de trabajo, considera preferible esperar al período de sesiones siguiente, coincidiendo con el comienzo de un nuevo quinquenio. Se renovará entonces la composición de la Comisión, se designará a un nuevo relator especial sobre el tema y las observaciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión enriquecerán sin duda los debates.

96. El PRESIDENTE, que habla en su condición de miembro de la Comisión, dice que, a pesar de todas sus cualidades, el segundo informe del Relator Especial es indudablemente un informe «de tesis». El Relator Especial ha adoptado una posición que trata de fundamentar científicamente, tal vez de manera excesivamente sistemática, descartando todo lo que pudiera contradecirla o debilitarla. Sin duda es excelente desde el punto de vista académico. Tal vez esté menos acorde con el método de trabajo de la Comisión. El Sr. Kamto lo sabe bien, ya que tuvo la audacia de adoptar un enfoque similar en su quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros<sup>94</sup>, donde desarrolló la tesis de la existencia de un «núcleo duro» de los derechos humanos.

97. En ese enfoque no se tienen en cuenta los matices. Se hace caso omiso de las excepciones. En el caso que se examina, lleva al Relator Especial a proponer un informe en el que, aparte de la hipótesis enunciada en el apartado *p* del párrafo 94, solo se resumen las «consideraciones» defendidas por el Relator Especial. Se tiene la impresión de que este concluye que en el derecho internacional existe una norma de inmunidad total o absoluta, sin excepciones, admitida en el derecho positivo.

98. Esta conclusión es discutible para el Sr. Kamto porque se basa en una hipótesis que considera equivocada, a saber, que la norma de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios está tan firmemente establecida en el derecho consuetudinario que no necesitaría demostración, y, sobre todo, que sigue constituyendo en la actualidad una piedra angular de las relaciones entre Estados. En realidad, lo que hace el Relator Especial es más bien sugerir que sería una norma lógica derivada de la soberanía, la igualdad y la independencia de los Estados, y que constituye, como señala en el párrafo 18 de su segundo informe, «la situación normal».

99. Incluso suponiendo que esa afirmación sea exacta, cabe observar que el Relator Especial olvida situar dicha norma en el contexto del derecho internacional contemporáneo, en el que el principio de soberanía está en tensión con otros principios fundamentales.

100. Por ello, antes de examinar los aspectos técnicos del tema, la Comisión debe adoptar una decisión de política jurídica a la luz de la evolución del derecho internacional.

101. La exigencia de proteger determinados valores fundamentales de la comunidad internacional, en particular los derechos humanos de la persona, ha transformado profundamente el derecho internacional contemporáneo. Se sabe, por ejemplo, que la Corte Internacional de Justicia, basándose en las consideraciones elementales de humanidad que inspiran su jurisprudencia a partir de los años 50, afirmará en 1970, en el fallo dictado en la causa *Barcelona Traction*, la existencia de obligaciones *erga omnes*. La aparición en el derecho de los tratados, más concretamente en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), de la categoría de normas de *jus cogens* forma parte de la misma evolución. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios que se contempla en el contexto del derecho internacional actual plantea el problema de la relación entre la inmunidad en cuanto principio lógico que se deriva del principio fundamental de la igualdad de los Estados, por una parte, y la exigencia moral de no impunidad que impone el recuerdo de los «millones [de] víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad», de acuerdo con la fórmula del preámbulo del Estatuto de Roma. Esa exigencia moral se ha traducido, en el plano jurídico, en la categoría de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, cuyo régimen queda establecido en los artículos 40 y siguientes de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos

<sup>94</sup> *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611.

internacionalmente ilícitos<sup>95</sup>. Los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», a los que se hace referencia en el antepenúltimo párrafo del preámbulo del Estatuto de Roma (en el que, como recordó el Sr. Dugard, 114 Estados son partes), constituyen violaciones de esa categoría de obligaciones.

102. Esta descripción muestra claramente que, desde el punto de vista de la política jurídica, la cuestión principal que plantea el tema que se examina es la necesidad de hallar un equilibrio entre la exigencia de estabilidad de las relaciones entre Estados y la lucha contra la impunidad por los «crímenes más graves». Si, en la etapa actual, se formula la idea de que existe una norma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios, será entonces preciso reconocer que esa norma está en conflicto con otra norma, la que obliga a cada Estado y, por tanto, a sus representantes a respetar las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. No se trata de una norma y de las excepciones a la misma, ya que la norma no es ni la inmunidad ni la responsabilidad. En efecto, tanto si se incorpora la norma de la inmunidad al principio de igualdad soberana de los Estados —lo cual puede contemplarse desde un punto de vista lógico— como si se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, puede tenerse por una norma objetiva de la misma manera que las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, con la particularidad de que estas engloban también a las normas imperativas, o *ius cogens*, lo cual no ocurre con la inmunidad.

103. La cuestión que debe resolverse en relación con el tema que se examina consiste, por tanto, en determinar en qué casos prevalece la inmunidad y en qué otros lo hace la responsabilidad por delitos constitutivos de incumplimiento de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto.

104. Refiriéndose a las cuestiones técnicas que deben examinarse dentro del marco del tema objeto de examen, que en su mayoría han sido abordadas por el Relator Especial, aunque algunas veces de una manera que suscita reservas de su parte, el Sr. Kamto dice que está de acuerdo con el fondo de la mayoría de los análisis y las consideraciones del Relator Especial, especialmente los contenidos en los párrafos 22 a 30 de su segundo informe, en relación con el criterio de atribución de la responsabilidad del Estado y la utilización de ese criterio para determinar si el representante del Estado goza de inmunidad *ratione materiae*, del mismo modo que las que figuran en los párrafos 57, 58, 62 y 63. Es de los que consideran que la naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional determina el régimen jurídico de esas normas, incluso en lo que se refiere a la jurisdicción en la materia.

105. El Sr. Kamto está de acuerdo con la inmensa mayoría de las que el Relator Especial denomina «consideraciones» formuladas en el párrafo 94 de su informe, pero tiene reservas o no está de acuerdo, totalmente o en parte, con el apartado *d*, en el que se afirma que «[l]a atribución

de carácter oficial al comportamiento de un funcionario no depende de los motivos de esa persona o del contenido de su comportamiento», y que «lo que importa» parece ser el hecho de que el funcionario actúe en esa capacidad; con el apartado *f*, donde se dice que la inmunidad *ratione materiae* es extensiva a los «actos ilícitos» de los funcionarios del Estado; con el apartado *g*, cuya formulación da a entender que la inmunidad *ratione materiae* abarca todos los actos, cualesquiera que fueren, realizados por un funcionario durante el tiempo en que ejerció las funciones oficiales de su cargo; con el apartado *n*, donde el Relator Especial expresa una opinión discutible al afirmar que «[l]os diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad a la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no son suficientemente convincentes»; y con el apartado *o*, donde se afirma que «no se puede afirmar de manera definitiva que exista una tendencia al establecimiento de esa norma». A juicio del Sr. Kamto, solo puede llegarse a esta última conclusión porque se parte de una presunción en ese sentido. El Relator Especial se basaba en una hipótesis que da la impresión de haber querido confirmar a toda costa, incluso minimizando los argumentos contrarios a ella. Es ese aspecto el que crea un cierto malestar en relación con su segundo informe.

106. La Comisión haría bien en reexaminar a fondo cinco cuestiones. En primer lugar, el fundamento de la norma de la inmunidad. ¿Es una norma lógica, consustancial al principio de igualdad soberana de los Estados, o una norma de derecho internacional consuetudinario? Si es una norma consuetudinaria, habría que definirla más claramente, precisando el alcance de la misma. Desde ese punto de vista, la Corte Internacional de Justicia no fue muy convincente cuando declaró —cabría decir casi «proclamó»— «la inmunidad total» de un ministro de relaciones exteriores en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. Además, el Relator Especial podría haber examinado más detenidamente las críticas dirigidas a la Corte a ese respecto.

107. En segundo lugar, convendría examinar la relación entre la responsabilidad del Estado y la renuncia a la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios: la consideración es que la responsabilidad del Estado, especialmente por haber incumplido una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, comporta la renuncia a la inmunidad de sus funcionarios, que en último término son los autores de dicha violación. En ese caso, en efecto, la pantalla estatal desaparece y los autores del delito deben enfrentarse a su suerte, es decir, a su responsabilidad penal. Por supuesto, ambos tipos de responsabilidad son diferentes, pero tienen el mismo fundamento de hecho: el hecho ilícito inicial que va a comportar la responsabilidad penal del individuo o la responsabilidad internacional del Estado es exactamente la misma.

108. En tercer lugar, habría que examinar la relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*. Esos dos tipos de inmunidad no evolucionan de manera paralela en todos los casos. La inmunidad *ratione materiae* coincide en algunos casos con la inmunidad *ratione personae*. La desaparición de esta última al cesar en el desempeño de las funciones oficiales plantea el interrogante de saber si la inmunidad *ratione materiae* sigue aplicándose al funcionario.

<sup>95</sup> 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.



109. Ello debería llevar a la Comisión a examinar la cuestión de la inmunidad *ratione temporis*: ¿abarca esta los actos realizados antes de empezar a desempeñar funciones oficiales o adquirir la condición de funcionario? Si la respuesta es afirmativa ¿esta inmunidad protege únicamente a los que gozan de la inmunidad *ratione personae* o se hace extensiva también a los que gozan de la inmunidad *ratione materiae*? ¿La inmunidad por los actos cometidos antes de iniciar el desempeño de las funciones oficiales desaparece cuando se cesa en el desempeño de las mismas?

110. En cuarto lugar, convendría preguntarse si la cuestión de la inmunidad se plantea, como afirma el Relator Especial en el párrafo 7 de su informe, ya en la fase de instrucción de un proceso penal, o más bien durante el proceso.

111. En quinto lugar, por último, está la cuestión de la relación existente entre la jurisdicción universal y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Teniendo muy en cuenta las legítimas reacciones de la mayoría de los Estados a las primeras medidas legislativas adoptadas, en particular en Bélgica y en España, con respecto a la jurisdicción universal y las modificaciones en ellas introducidas, el Sr. Kamto propone que la Comisión examine la cuestión de las relación existente entre la jurisdicción o la competencia en materia de «los delitos más graves» y las circunstancias de la causa examinada. Puede tratarse de un vínculo de territorialidad (los hechos incriminados se han producido en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción) o de un vínculo personal (los hechos incriminados afectan a ciudadanos del Estado que ejerce jurisdicción). De esa manera se evitarían las críticas relacionadas con la asimetría de los Estados, que hace que los funcionarios de los más débiles puedan ser enjuiciados, sin tener en cuenta su inmunidad, ante las jurisdicciones de las naciones poderosas sobre la base de presuntos delitos internacionales cometidos en cualquier país, sin que, en general, se produzca lo contrario. Lo ideal sería, naturalmente, una universalidad perfecta de la Corte Penal Internacional, pero para ello sería necesario que todos los Estados, sin excepción, fueran partes en el Estatuto de Roma. La historia siempre se repite, frecuentemente para peor. A juicio del Sr. Kamto, la inmunidad absoluta de jurisdicción extranjera de los funcionarios supondría inevitablemente ese riesgo.

*Se levanta la sesión a las 13.15 horas.*

## 3089.ª SESIÓN

*Martes 17 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. Kemicha, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

### Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto) (conclusión\*) (A/CN.4/635 y Add.1 a 3)

[Tema 14 del programa]

1. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión debe cubrir la vacante a raíz de la dimisión del Sr. Bayo Ojo. El currículum vítae del candidato figura en el documento A/CN.4/635/Add.3 y una comunicación conexa en el documento ILC/LXII/MISC.2<sup>96</sup>. La elección se celebrará, como es habitual, en sesión privada.

*Se suspende la sesión a las 10.05 horas y se reanuda a las 10.25 horas.*

2. El Presidente anuncia que la Comisión ha elegido a Mohammed Bello Adoke para que ocupe el puesto que dejó vacante Bayo Ojo. En nombre de la Comisión, informará al nuevo miembro y lo invitará a incorporarse a la Comisión.

### Efectos de los conflictos armados en los tratados<sup>97</sup> (A/CN.4/638, secc. C, A/CN.4/644<sup>98</sup>, A/CN.4/645<sup>99</sup>, A/CN.4/L.777<sup>100</sup>)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

3. El Sr. MELESCANU (Presidente del Comité de Redacción) presenta el título y texto de los artículos del proyecto aprobado por el Comité de Redacción sobre los efectos de los conflictos armados, que figura en el documento A/CN.4/L.777, a saber:

#### EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

##### PRIMERA PARTE

#### ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

##### Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

El presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de un conflicto armado en las relaciones entre Estados en virtud de un tratado.

##### Artículo 2. *Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya

\* Reanudación de los trabajos de la 3084.ª sesión.

<sup>96</sup> Distribución limitada a los miembros de la Comisión.

<sup>97</sup> En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión aprobó en primera lectura una serie de 18 proyectos de artículo, y un anexo, sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, acompañados de comentarios (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 52 y ss., párrs. 65 y 66). En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Lucius Caffisch tras dimitir de la Comisión Sir Ian Brownlie (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párr. 229). En su 61.º período de sesiones (2010), la Comisión comenzó la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la base del primer informe del Relator Especial (*Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627 y Add.1) y los comentarios y observaciones de los gobiernos (ibíd., documento A/CN.4/622 y Add.1) y remitió al Comité de Redacción todos los proyectos de artículo y el anexo (ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 16).

<sup>98</sup> Reproducido en *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte).

<sup>99</sup> Ídem.

<sup>100</sup> Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.