

81. El Sr. FOMBA declara, en relación con el artículo 2 que, contrariamente a otros miembros de la Comisión, él considera que esta disposición es sumamente pertinente, en la medida en que este aspecto de la cuestión constituye un elemento básico de toda la filosofía de la represión penal internacional. Por esta razón, el lugar que le corresponde no es en el preámbulo sino ciertamente en un proyecto de artículo. En cuanto a su redacción, se critica el párrafo 1 por no ser suficientemente preciso; esta crítica parece justificada en la medida en que, por una parte, el alcance *ratione personae* de la obligación de cooperar parece adolecer de cierta confusión y, por otra parte, porque la expresión «crímenes y delitos de trascendencia internacional» no es muy clara. También con referencia al párrafo 1 del artículo 2, el Sr. Dugard ha señalado con razón que el principio *aut dedere aut judicare* se aplicaba exclusivamente a los tribunales nacionales, sin excluir la posibilidad de considerar que la entrega del autor presunto de un delito a un tribunal penal internacional equivale a una extradición, lo que es discutible.

82. En cuanto al párrafo 2 del artículo 2, se ha señalado con razón que la frase «donde y cuando sea posible» no era muy clara y que había que procurar ser más preciso. A este respecto, se plantean cuestiones importantes como la de la definición de los delitos en cuestión o la pertinencia del principio de derecho penal *nullum crimen sine lege*, que, conviene señalar, se concibe mejor en el contexto de un código preexistente de delitos, como el aprobado por la Comisión en 1996.

83. Con respecto al párrafo 1 del artículo 3, también se ha señalado con razón que enuncia una evidencia jurídica y no hace más que reafirmar el principio *pacta sunt servanda*, por lo que no tenía ninguna utilidad. En cuanto al párrafo 2 del mismo artículo, su redacción plantea interrogantes y exige aclaraciones en lo referente a las «condiciones concretas» y su fundamento jurídico. Lo mismo cabe decir de «los principios generales de derecho penal internacional».

84. El artículo 4 plantea también interrogantes y suscita dudas. Con respecto a la prueba de la existencia de una obligación de carácter consuetudinario, se pueden compartir las reservas del Relator Especial. Por lo demás, por lo que respecta al texto actual de este artículo, da la impresión, como ha señalado en particular el Sr. Vasciannie, que es incompleto; habría exigido una toma de posición clara y suficientemente justificada por un análisis riguroso de la práctica y la jurisprudencia, lo que no parece ser el caso. En su redacción actual, el párrafo 1 enuncia simplemente la hipótesis de que existe una obligación de carácter consuetudinario, el párrafo 2 postula la existencia de un «núcleo duro» de delitos que implican una obligación de carácter consuetudinario, y el párrafo 3 acredita la hipótesis de una obligación basada en el *jus cogens*, siendo así que ello contradice el argumento expuesto en el párrafo 94 del informe. Ahora bien, el problema que se plantea aquí es el de saber si es posible reconocer al derecho penal internacional, y en qué medida, las mismas características que al derecho penal interno, es decir, una precisión y un rigor máximos, a menos que se considere, cosa que el orador no hace, que no debe ser así. En cuanto a saber hasta qué punto la Comisión podría o debería retomar el argumento expuesto por el Sr. Eric

David³⁸⁴ ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, el Sr. Melescanu ha señalado con razón que se trataba de una opinión jurídica que no prejuzgaba la posición que tomaría finalmente la Corte en ese asunto.

85. En cuanto a saber lo que la Comisión debe hacer y cómo debe proceder, las propuestas presentadas, es decir, abandonar los trabajos sobre este tema o suspender su examen en espera de las conclusiones del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión sobre la competencia universal, parecen algo excesivas e injustificadas mientras los Estados no hayan expresado su desacuerdo claro y franco sobre el proyecto. Para concluir, el orador apoya la propuesta del Sr. Pellet de consultar a los Estados sobre la posibilidad de incluir la competencia universal en el mandato de la Comisión sobre este tema.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3113.ª SESIÓN

Miércoles 27 de julio 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. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (continuación) (A/CN.4/638, secc. E, A/CN.4/648)

[Tema 6 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar con el examen del cuarto informe del Relator Especial sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

2. El Sr. PETRIČ comparte la opinión de que no existe ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que enuncie la obligación de extraditar o juzgar. También está de acuerdo en que, en su tratamiento del tema, el Relator Especial no aborda con suficiente profundidad el concepto de jurisdicción universal y en que es necesario

³⁸⁴ Corte Internacional de Justicia, *Audience publique tenue le 6 avril 2009, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Owada, président, en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (CR 2009/8), págs. 30 a 32, párrs. 19 a 23 (disponible en el sitio web de la Corte, www.icj-cij.org).

prestar más atención al desarrollo progresivo del derecho internacional, de conformidad con el artículo 15 del estatuto de la Comisión. En general, las cuestiones planteadas en el cuarto informe del Relator Especial merecen un examen más detenido.

3. En lo que respecta al proyecto de artículo 2 y a las importantes reservas expresadas por algunos miembros de la Comisión sobre la obligación de cooperar, el orador apoya la sugerencia de que podría ser más productivo que la Comisión especificara las categorías de delitos que caen dentro del ámbito de la obligación de extraditar o juzgar. Si bien la obligación de cooperar está bien arraigada en derecho internacional, en particular en la Carta de las Naciones Unidas, el proyecto de artículo 2, en su versión actual, no parece tener ningún efecto práctico, y el orador duda de su necesidad o utilidad.

4. En cuanto al proyecto de artículo 3, coincide con la valoración de que se trata esencialmente de una reformulación del principio *pacta sunt servanda*. Dado que el proyecto de artículo 3 no codifica una norma consuetudinaria existente ni crea una norma nueva, sino que se limita a recordar que un Estado obligado por un tratado debe aplicar ese tratado, su valor parece dudoso.

5. En relación con el proyecto de artículo 4, comparte la opinión de que el enunciado del texto es demasiado condicional y que aún no está listo para ser examinado seriamente ni aprobado. En su versión actual, el proyecto de artículo 4 no incluye ningún elemento vinculante y, por consiguiente, es preciso modificarlo.

6. El principal problema de la Comisión es cómo proceder, dado que, pese a los esfuerzos desplegados en el pasado, incluida la labor realizada por el Grupo de trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)³⁸⁵ en los dos últimos años, todavía no se han logrado avances significativos en relación con este tema. El orador no puede apoyar la sugerencia del Sr. Murase de suspender o poner fin al examen del tema, ya que la materia sobre la que este versa es importante, oportuna y pertinente. Poner fin a su examen significaría no solo que la Comisión ha defraudado las expectativas de los Estados Miembros de que lograra unos resultados dignos tras varios años de trabajo, sino también que ha abandonado el tema prematuramente.

7. Puesto que puede sostenerse que no hay *lex lata* con respecto a la obligación de extraditar o juzgar, la Comisión debería abordar la cuestión con miras al desarrollo de una *lex ferenda*. El mandato de la Comisión es codificar el derecho internacional consuetudinario vigente y desarrollarlo progresivamente, en particular cuando se enfrenta a un tema de actualidad. Por consiguiente, la Comisión debe abordar de manera más proactiva la obligación de extraditar o juzgar. No hace falta centrarse en las fuentes de la obligación, que son inciertas debido a la falta de una clara *lex lata* en esta materia. La Comisión debe en cambio centrar su atención en las implicaciones de una obligación general de extraditar o juzgar y las modalidades prácticas de su cumplimiento.

8. El enfoque de la Comisión debería reflejar asimismo la tendencia internacional generalizada a garantizar el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Esa tendencia se traduce, entre otras cosas, en actividades de las Naciones Unidas, como la creación de una Dependencia del Estado de Derecho en la Oficina Ejecutiva del Secretario General y la inclusión de un tema sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional en el programa del sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General³⁸⁶. La interrelación entre el estado de derecho, la impunidad y la obligación de extraditar o juzgar también debería reflejarse en la labor futura de la Comisión sobre el tema.

9. A juicio del orador, la Comisión debe indicar claramente en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones los problemas encontrados al tratar este tema y plantear la posibilidad de abordarlo desde el punto de vista del desarrollo progresivo. Sería inusitado y contraproducente presentar el proyecto de artículos a la Sexta Comisión antes de que la Comisión lo haya ultimado o aprobado. Por el contrario, la Comisión debe mantener el tema de la obligación de extraditar o juzgar en su programa de trabajo. Cuando comience el nuevo quinquenio, un nuevo grupo de trabajo podrá volver a estudiar la mejor manera de proceder con respecto a ese importante tema.

10. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en lo que respecta al proyecto de artículo 2, comparte el enfoque del Relator Especial, que ancla el principio *aut dedere aut judicare* y la obligación de cooperar en los esfuerzos de la comunidad internacional para luchar contra la impunidad. Curiosamente, sin embargo, el texto del proyecto de artículo 2 es al mismo tiempo demasiado amplio y muy restrictivo. Es demasiado amplio por lo que se refiere al párrafo 1, ya que en él se proclama una obligación genérica de cooperar —que, por supuesto, comparte en sus líneas generales y en el espíritu que la inspira— pero que va más allá del alcance propio del principio *aut dedere aut judicare*, de tal forma que haría falta definir la obligación de cooperar en relación con ese principio. A juicio de la oradora, la cooperación con los tribunales internacionales mencionada en el párrafo 1 debe quedar fuera del ámbito del proyecto de artículo 2, ya que la aplicación a la cooperación con estos tribunales del principio *aut dedere aut judicare*, al menos entendido en su dimensión clásica, es, evidentemente, discutible.

11. Por el contrario, el enunciado del párrafo 2 del proyecto de artículo 2 parece demasiado restrictivo, puesto que limita la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* a la concurrencia de unas condiciones genéricas definidas con los términos «donde y cuando sea posible», sin especificar las circunstancias en que dicho elemento de condicionalidad operaría. En consecuencia, sería aconsejable que el Relator Especial presente a la Comisión en su próximo período de sesiones una nueva versión del proyecto de artículo 2 que defina de modo más preciso el alcance del deber de cooperar que se concreta en la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar.

³⁸⁵ *Anuario...* 2009, vol. II (segunda parte), págs. 155 y 156, párr. 204.

³⁸⁶ Resolución 65/32 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2010, párr. 14.

12. El párrafo 1 del proyecto de artículo 3 contiene una afirmación obvia y, por tanto, innecesaria, por lo que debería eliminarse. Por el contrario, el párrafo 2 contiene un elemento de gran interés: la obligación para los Estados partes en un tratado que enuncia la obligación *aut dedere aut judicare* de adoptar medidas en su ordenamiento interno para hacer efectivo el cumplimiento de dicha obligación. Por consiguiente, el texto propuesto por el Relator Especial en el párrafo 2 debería constituir el núcleo duro del proyecto de artículo 3. Sin embargo, el Relator Especial debería presentar una nueva redacción de ese proyecto de artículo en el próximo período de sesiones de la Comisión a fin de eliminar algunos elementos de ambigüedad que se contienen en el mismo y tomar debidamente en cuenta las diferencias que existen al respecto entre países con sistemas jurídicos monistas o dualistas.

13. El proyecto de artículo 4 se refiere a un elemento esencial del principio *aut dedere aut judicare*, a saber, la identificación de las categorías de crímenes de especial trascendencia para la comunidad internacional respecto de los que la obligación de extraditar o juzgar debería aplicarse incluso a través de un mecanismo consuetudinario. En ese sentido, la oradora comparte la propuesta de que la obligación *aut dedere aut judicare* se aplique respecto del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, puesto que en los tres supuestos se ha cristalizado un amplio consenso entre los Estados respecto de la necesidad de su represión reforzada, tanto a nivel interno como internacional.

14. Sin embargo, el proyecto de artículo 4 contiene ciertos elementos que requieren una revisión en profundidad. En el párrafo 1, la referencia al «presunto delincuente» [*alleged offender*] debería eliminarse o buscarse una redacción alternativa ya que, al menos en español, no resulta compatible con el principio de la presunción de inocencia. En el párrafo 2 debería encontrarse una formulación alternativa a la expresión «puede proceder» [*may derive*], que minora el papel que deben jugar los crímenes nucleares [*core crimes*] que se mencionan en dicho párrafo a la hora de definir el alcance del principio *aut dedere aut judicare*. En el párrafo 3, los términos y la sintaxis utilizados en la referencia a las normas de *jus cogens* no son los más adecuados, en particular en la expresión «en forma de tratado internacional o de costumbre internacional» [*in the form of international treaty or international custom*]. En resumen, la oradora cree que el proyecto de artículo 4 debe mantenerse en una futura redacción de este proyecto de artículos, pero presentado en una forma revisada por el Relator Especial.

15. Por último, respecto del debate abierto por el Sr. Murase sobre el futuro de este tema, la oradora es partidaria de que se mantenga en el programa de trabajo de la Comisión. Se trata de un tema importante, de gran interés para los Estados y para la práctica y, por consiguiente, es perfectamente un tema que entra dentro del mandato de la Comisión. Ello no significa, sin embargo, que el tema del programa, tal como está definido, deba quedar con la estructura actual. Quizá sea necesario que la Comisión reflexione ampliamente sobre su enfoque del tema y tenga en cuenta la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal.

16. En cualquier caso, es una tarea que queda para la futura Comisión que se elija en noviembre de 2011 y no corresponde a los actuales miembros de la Comisión ni decidir remitir los tres proyectos de artículo propuestos al Comité de Redacción, dado que estos requieren una revisión a fondo, ni tampoco incluirlos en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones.

17. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, se suma a otros miembros para felicitar al Relator Especial por su labor pionera sobre el difícil tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

18. En lo que respecta al título del proyecto de artículo 2, «Obligación de cooperar», el orador se pregunta si en la versión inglesa se ha elegido la palabra *duty* en lugar de *obligation* por considerarse que las disposiciones del proyecto de artículo expresan una norma moral, ya que *duty* tiene connotaciones morales más fuertes que *obligation*. No obstante, si esas disposiciones simplemente expresan una exigencia asociada a las relaciones entre Estados, al ser la cooperación un componente necesario de esas relaciones, entonces de hecho describen una obligación general. Existen diversos ejemplos de instrumentos jurídicos que establecen ese tipo de obligación, como derecho positivo o como producto de la labor de la Comisión. Le parece que de lo que trata el proyecto de artículo 2 es de la «obligación» de cooperar [*obligation to cooperate*] —y no del «deber» de cooperar [*duty to cooperate*]—.

19. En el párrafo 1 de ese proyecto de artículo, al menos en la versión francesa, la expresión *les États coopèrent comme il y a lieu les uns avec les autres* [los Estados cooperarán entre sí [...] según corresponda] es bastante desafortunada y debe reconsiderarse.

20. En cuanto a los proyectos de artículo 3 y 4, parece insólito que la Comisión inicie un ejercicio de codificación o desarrollo progresivo con una norma sobre las fuentes de derecho pertinentes. Por lo general, cuando la Comisión estudia las fuentes de una norma concreta, lo hace para confirmar que se trata de una norma establecida en derecho internacional, para poder entonces proceder a codificar normas secundarias sobre esa base. No establece la fuente en sí, como tratan de hacer los proyectos de artículo 3 y 4. Por consiguiente, si bien es ciertamente necesario determinar si la obligación *aut dedere aut judicare* existe como norma de derecho convencional y/o de derecho internacional consuetudinario, ello no significa que la Comisión deba elaborar un proyecto de artículo sobre la cuestión.

21. Tal vez la Comisión pueda evitar el problema modificando el párrafo 1 del proyecto de artículo 3 del siguiente modo: «Un Estado está obligado a extraditar o juzgar a una persona acusada de un delito tanto si tal obligación está enunciada en un tratado como si emana de una norma de derecho internacional consuetudinario» [*Un Etat est tenu d'extrader ou de poursuivre une personne accusé d'une infraction qu'une telle obligation soit contenue dans un traité ou qu'elle découle*].

d'une règle de droit international coutumier]. En otras palabras, si el análisis de la Comisión pone de manifiesto que hay base suficiente en derecho internacional para fundamentar la obligación *aut dedere aut judicare*, entonces debe redactar normas que permitan a los Estados cumplirla, y no demostrar la existencia de fuentes de esa obligación por medio de un proyecto de artículo. Su propia propuesta, tal como está redactada, no presupone ninguna certeza con respecto a la existencia de un tratado o una base consuetudinaria, sino que se limita a establecer que, si tal obligación está prevista en un tratado o en derecho consuetudinario, los Estados deben cumplirla. Esa solución permitiría al Relator Especial y a la Comisión avanzar en el examen del tema. El orador se ha visto inducido a presentar esa propuesta porque todos los miembros que han intervenido anteriormente sobre el tema han expresado dudas sobre la existencia de una base consuetudinaria para la obligación *aut dedere aut judicare*, y coincide con ellos en que no consta que la obligación exista en derecho internacional consuetudinario.

22. El proyecto de artículo 3 formula la obligación básica de observancia de los tratados en que los Estados son partes; sin embargo, enunciar esa obligación en un proyecto de artículo debilita la obligación convencional genérica a que se refiere el proyecto de artículo, que emana del principio *pacta sunt servanda*. Podría interpretarse que la inclusión de esa obligación en el proyecto de artículo 3 significa que las partes en un tratado tal vez no habrían tenido que cumplir sus obligaciones convencionales si el proyecto de artículo se lo exigiera expresamente. Por ese motivo, el orador considera que el proyecto de artículo 3 debe suprimirse.

23. En cuanto al proyecto de artículo 4, el orador opina que el Relator Especial no ha logrado demostrar la existencia de fundamento consuetudinario para la obligación *aut dedere aut judicare*. Además, hay un error de traducción en el párrafo 82 de la versión francesa del informe del Relator Especial, en que las palabras *made by Eric David in the aforementioned case*³⁸⁷ [llevada a cabo por Eric David en la mencionada causa] del texto inglés se han traducido por *dans l'ouvrage d'Eric David déjà mentionné* [en la obra de Eric David antes mencionada]. Ese error no es menor, ya que los argumentos presentados constituyen la posición de un abogado en un juicio en que prevalecen los intereses del cliente, y no la opinión erudita de un jurista reconocido, que sería más instructiva para la continuación de los trabajos de la Comisión.

24. El Relator Especial señala en los párrafos 39 y 40 de su informe que el principio *aut dedere aut judicare* se refiere al deber [*duty*] —el orador diría la «obligación» [*obligation*]— de todos los Estados de cooperar en la lucha contra la impunidad. Eso no parece ser una norma consuetudinaria, sino más bien una norma lógica implícita en la *ratio legis* de una norma explícita. Ni

siquiera el principio *pacta sunt servanda* fue en su origen una norma consuetudinaria, sino una norma lógica implícita que expresaba la idea de que, si los Estados asumen obligaciones —en particular en virtud de tratados— están obligados a respetarlas. Solo con el tiempo ese principio llegó a considerarse como una norma consuetudinaria. En cierta medida, lo mismo cabe decir del principio *aut dedere aut judicare* ya que, fundamentalmente, se trata de una norma lógica que puede llegar a convertirse, o está en proceso de convertirse, en una norma consuetudinaria, es decir, en una norma consuetudinaria *in statu nascendi*. El cuarto informe del Relator Especial versa fundamentalmente sobre el nacimiento de nuevas obligaciones, que emanan a su vez de la aparición de una categoría de crímenes internacionales cuya comisión constituye una grave violación del derecho internacional.

25. El establecimiento de una norma en virtud de la cual los Estados están obligados a extraditar o juzgar los crímenes de lesa humanidad o el genocidio no depende de la existencia de una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar, sino al contrario del hecho de que la obligación de castigar a los autores de crímenes de lesa humanidad o genocidio está implícita en la prohibición de cometerlos. Por consiguiente, el principio *aut dedere aut judicare* es esencialmente una norma implícita.

26. En conclusión, es posible considerar la formulación de disposiciones basadas en la verdadera naturaleza de las obligaciones en cuestión. No obstante, para ello será necesario profundizar en el examen del tema, incluida su orientación general y los principales aspectos que el Relator Especial propone abordar, como efectivamente este hizo a grandes rasgos en el documento titulado «Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”»³⁸⁸.

27. Solo se podrá saber si debe suspenderse el examen del tema o retirarlo del programa de trabajo de la Comisión cuando se haya determinado su orientación general y las principales interconexiones entre los proyectos de artículo previstos. La elaboración por el Relator Especial de una propuesta de plan de trabajo permitiría a la Comisión pensar en las siguientes etapas de sus trabajos sobre el tema y le proporcionaría en su nueva composición, después de las elecciones de noviembre de 2011, lo que precisa para determinar la mejor manera de proceder.

28. El Sr. MELESCANU desea aclarar algunas observaciones que hizo en una sesión anterior concernientes a su propuesta de incluir los proyectos de artículo en el informe de la Comisión. En primer lugar, ello permitiría que la Asamblea General estuviera informada de los avances de la Comisión sobre el tema. En segundo lugar, brindaría a los Estados Miembros la oportunidad de formular observaciones sobre los proyectos de artículo. Ahora bien, nunca ha dicho que sea la Sexta Comisión a la que corresponde tomar la decisión final sobre la forma en que la Comisión debe proceder en relación con el tema.

³⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, *Audience publique tenue le 6 avril 2009, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Owada, président, en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal) (CR 2009/8), págs. 30 a 32, párrs. 19 a 23 (disponible en el sitio web de la Corte, www.icj-cij.org).

³⁸⁸ Reproducido en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/L.774.

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]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

29. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/646). Entiende que algunos miembros desean también formular observaciones sobre el segundo informe³⁸⁹.

30. El Sr. MURASE, refiriéndose al segundo informe del Relator Especial, desea abordar ante todo la cuestión de las categorías de funcionarios del Estado que hay que tener en cuenta. El Relator Especial indica que se debe examinar el estatus de todos los funcionarios del Estado, pero ¿está justificado ese enfoque maximalista? Existen ya en las convenciones correspondientes normas suficientemente claras sobre la inmunidad de los miembros de las misiones diplomáticas y consulares y los miembros de misiones especiales. En cuanto a la inmunidad de los oficiales y el personal militar en tiempo de paz, es preciso distinguir dos categorías: los miembros de fuerzas destacadas en el extranjero y los miembros de fuerzas que visitan un país temporalmente. La inmunidad de las fuerzas destacadas se basa en instrumentos convencionales específicos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas, mientras que la inmunidad de las fuerzas visitantes se basa en el derecho internacional consuetudinario. Esta segunda categoría probablemente ya no tiene mucha importancia y, dado que la primera no se rige realmente por el derecho consuetudinario, el orador entiende que los diplomáticos y el personal militar deben quedar excluidos del ámbito del tema.

31. El artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que «el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal». Sin embargo, no está claro hasta qué nivel de la jerarquía de los funcionarios públicos puede extenderse la inmunidad. El objeto del tema debería centrarse en una categoría limitada de funcionarios, no todos los funcionarios del Estado. Las personas incluidas deberían ser los jefes de Estado, los jefes de gobierno, los ministros de relaciones exteriores y otros altos funcionarios. En cualquier caso, no puede comenzarse a elaborar un proyecto de artículos hasta que no se haya definido claramente su ámbito de aplicación.

32. En cuanto a la metodología utilizada para determinar el fundamento jurídico de la inmunidad, el orador dice que el Relator Especial ha partido de la premisa de que los funcionarios del Estado en general gozan de inmunidad, para luego tratar de aclarar las excepciones a la norma general. Sin embargo, también puede adoptarse

el enfoque contrario: todos deben recibir el mismo trato, ya sean jefes de Estado o particulares, y los funcionarios del Estado no tienen inmunidad a no ser que haya razones particulares para hacer alguna excepción. En el pasado, la Comisión adoptó el segundo enfoque, al menos para los crímenes de derecho internacional. En el párrafo 6 del comentario del artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se indica que el artículo tiene por objeto impedir que un individuo invoque su carácter oficial como circunstancia que le confiera inmunidad³⁹⁰. Del mismo modo, el artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se aplica por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial.

33. No obstante, esas disposiciones pueden dar lugar a abusos por parte de fiscales excesivamente rigurosos tanto en el ámbito internacional como en el interno. Un funcionario del Estado al que un fiscal nacional o extranjero persiga penalmente tendrá muchas dificultades para seguir desempeñando sus funciones oficiales, aunque se presuma su inocencia hasta que haya una sentencia firme. Si se demuestra su inocencia más allá de toda duda en su propio país, entonces debería considerarse que la actuación del fiscal extranjero constituye una injerencia en los asuntos internos del Estado y, por tanto, una violación de soberanía. Esto quizás explique por qué el Relator Especial ha adoptado un enfoque que concede una amplia inmunidad a los funcionarios del Estado. Sin embargo, no hay ninguna prueba que sustente la proposición general de que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad, sino que se trata solo de una presunción. La validez de esa presunción debe ser examinada a la luz de la práctica y la doctrina más recientes.

34. Se dice que los jefes de Estado gozan de inmunidad en virtud de su estatus, tal vez basada en una vieja teoría del honor o la dignidad nacionales, herencia del siglo XIX. Quizás esos conceptos sigan siendo importantes para las relaciones normales entre los Estados, pero de lo que trata la Comisión es de la responsabilidad penal por crímenes graves de derecho internacional que pueda haber cometido un Jefe de Estado. Si aplicara la vieja idea de la dignidad nacional al mundo moderno, sería criticada por pedantería.

35. Tampoco puede basarse la razón de ser de la inmunidad oficial en el ambiguo concepto de soberanía, que ha cambiado considerablemente desde la segunda mitad del siglo XX. Ahora se considera no solo como un haz de prerrogativas y derechos, sino también como un conjunto de obligaciones que conllevan la responsabilidad de garantizar el bienestar y la seguridad de una nación. Si un Jefe de Estado soberano ya no puede o no quiere afrontar esa responsabilidad, debe denegársele la inmunidad.

36. Por último, es importante asegurarse de que existen salvaguardias adecuadas para evitar el abuso por el ministerio fiscal de su discrecionalidad. Esto es más fácil decirlo que hacerlo, pese a que los fiscales de los sistemas penales nacional e internacional ahora están obligados a ejercer su potestad discrecional de forma transparente. A ese respecto, el orador señala el párrafo 17 de las

* Reanudación de los trabajos de la 3111.ª sesión.

³⁸⁹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631. Por lo que respecta al examen del segundo informe en el actual período de sesiones, véanse las sesiones 3086.ª a 3088.ª *supra*.

³⁹⁰ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales³⁹¹, que establece que en los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, deberían establecerse directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación. La manera más eficaz de impedir el ejercicio arbitrario o agresivo de la discrecionalidad del ministerio fiscal contra Jefes de Estado extranjeros es por medio del establecimiento de directrices para los fiscales nacionales, en forma de leyes o reglamentos, y de directrices internacionales encaminadas a prevenir el abuso de la discrecionalidad por los fiscales internacionales.

37. El Sr. SINGH desea comentar primero el segundo informe del Relator Especial. Expresa su agradecimiento por el examen exhaustivo y en profundidad que ha realizado del tema y se manifiesta, en general, de acuerdo con las conclusiones expuestas en el párrafo 94.

38. El principio de inmunidad es un principio bien arraigado de derecho internacional consuetudinario que está basado en la cortesía mutua y la reciprocidad y en la necesidad imperiosa de eliminar el riesgo de actuaciones penales por motivos políticos. Garantiza la independencia de los funcionarios del Estado cuando representan a su Estado en la conducción de sus relaciones internacionales. La inmunidad *ratione personae* de la troika, es decir, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, está perfectamente reconocida en derecho internacional consuetudinario. No obstante, el hecho de que cada vez haya más ámbitos de cooperación internacional hace que sea necesario examinar si se debe considerar que la inmunidad *ratione personae* se amplía también a otros altos funcionarios, como los ministros de comercio y defensa.

39. En cuanto al tercer informe del Relator Especial, el orador expresa su acuerdo en líneas generales con las conclusiones establecidas en el párrafo 61. Comparte la opinión de que la cuestión de la inmunidad debe examinarse en la fase inicial del procedimiento judicial porque de su solución depende que el Estado del foro pueda seguir ejerciendo su jurisdicción penal respecto del funcionario extranjero. El Estado que alegue la inmunidad debe notificarlo a las autoridades del Estado del foro, y no al tribunal en el que se esté sustanciando el procedimiento, ya que la inmunidad puede invocarse por la vía diplomática. Cuando se trate del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal debe plantear por propia iniciativa la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario no está obligado a invocar la inmunidad, a diferencia de lo que ocurre en el caso de otros funcionarios que gozan de inmunidad personal. El

derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario compete al Estado y no al propio funcionario. La renuncia a la inmunidad siempre debe ser expresa.

40. La invocación de la inmunidad por un Estado por el motivo de que un acto ilícito es un acto oficial no implica de por sí ningún reconocimiento de responsabilidad por ese acto ilícito. Un Estado puede invocar la inmunidad para evitar la posibilidad de que se produzca una grave injerencia en sus asuntos internos si un Estado extranjero investiga los actos de sus funcionarios. De hecho, el propio Estado puede desear investigar y, si se justifica, enjuiciar a su propio funcionario por un supuesto acto ilícito.

41. El Sr. DUGARD da las gracias al Relator Especial por su excelentemente documentado e informativo tercer informe. Si bien no siempre está de acuerdo con el Relator Especial, en el presente caso comparte en términos generales sus conclusiones sobre los aspectos procesales. En particular, conviene en que la cuestión de la inmunidad debería plantearse en una fase inicial del procedimiento y en que la inmunidad pertenece al Estado y no al funcionario, y en general suscribe el análisis de la renuncia, salvo los argumentos expuestos en los párrafos 44 y 45.

42. Con relación al párrafo 15 del informe, el orador dice que el Relator Especial ha señalado que todo parece indicar que la declaración del propio funcionario del Estado de que goza de inmunidad no tiene mucha importancia jurídica. Esto hace pensar en el reciente caso en que se vio implicado el ex Director Gerente del FMI, el Sr. Dominique Strauss-Kahn. Sería interesante saber qué habría ocurrido si hubiera afirmado su propia inmunidad cuando fue detenido por la policía de Nueva York. Pueden plantearse problemas similares si se trata de un jefe de Estado o un jefe de gobierno de un Estado relativamente desconocido. ¿Deben los Estados estar obligados a informar a sus autoridades policiales de la presencia de todos los jefes de Estado visitantes? En la nota de la tercera frase del párrafo 19, el Relator Especial dice que los miembros de la troika son conocidos por las autoridades de todos los demás Estados, pero eso no siempre es cierto en absoluto. Por lo tanto, hay que atribuir cierta relevancia a la alegación de inmunidad hecha en su propio nombre por un jefe de Estado o de gobierno.

43. En su tercer informe, al igual que en otros anteriores, el Relator Especial no distingue entre delitos comunes y crímenes nucleares. Hace repetidas referencias a la inmunidad de la troika, como si la frecuente afirmación de que los ministros de relaciones exteriores deben figurar entre los funcionarios que gozan de inmunidad personal logrará que se acepte como costumbre. No obstante, la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores es controvertida. En su sentencia dictada en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, la Corte Internacional de Justicia no aportó ninguna evidencia de la práctica de los Estados y el Magistrado Al-Khasawneh y la Magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert emitieron importantes votos particulares disconformes. El fallo también suscitó muchas críticas doctrinales. En la nota de la tercera frase del párrafo 58 del informe, el Relator Especial llama la atención sobre un artículo de Akande y

³⁹¹ Informe sobre el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (A/CONF.144/28/Rev. 1; publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.91.IV.2), pág. 202 (www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/028_ACONF.144.28.Rev.1_Report_Eighth_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf); las Directrices también se pueden consultar en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx.

Shah³⁹², pero obvia sus opiniones sobre la inclusión del ministro de relaciones exteriores en la troika. Los autores aceptan que el jefe de Estado y el jefe de gobierno gozan de inmunidad *ratione personae*, pero declaran que hacer extensiva esa amplia inmunidad a otros ministros, incluido el ministro de relaciones exteriores, es errónea e injustificada.

44. El orador no pide al Relator Especial que abandone su posición, sino solo que examine esas críticas atentamente y estudie la cuestión de la práctica de los Estados un poco mejor que la Corte Internacional de Justicia. Si la Comisión incluye al ministro de relaciones exteriores en la troika, enviará el mensaje de que desea ampliar la inmunidad en un momento en que se está pidiendo más rendición de cuentas y menos impunidad.

45. La segunda observación que desea hacer el orador es que el Relator Especial no toma en consideración el interesante problema procedimental que se plantearía si la legislación nacional o local prohibiera la inmunidad en el caso de los crímenes nucleares. Sudáfrica, por ejemplo, ha incorporado a su legislación la disposición del Estatuto de Roma que excluye la inmunidad de los jefes de Estado y de gobierno y de otros altos funcionarios. ¿Está Sudáfrica, o cualquier otro Estado con una legislación similar, obligada a cumplir la resolución dictada en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, a pesar de que según el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio? ¿O debe en cambio cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de Roma? Es evidente que prevalece la obligación convencional. La Comisión debería proporcionar alguna orientación acerca de cómo tiene que proceder el Estado en tales situaciones.

46. La tercera y más importante observación del orador se refiere a la cuestión de si un tribunal del Estado que ejerce la jurisdicción puede examinar el derecho de un funcionario extranjero a alegar inmunidad *ratione materiae* y si un Estado que invoca la inmunidad debe probar o justificar esa pretensión. Como se indica en el párrafo 25 del informe, en el asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, Francia adujo que incumbía al Estado que invoca la inmunidad justificar su pretensión. Pero el Relator Especial discrepa de esa posición, como se desprende claramente de la conclusión que figura en el párrafo 61 *i* del informe, según la cual

[I]a prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario en su carácter oficial o de determinar la importancia de las funciones que desempeña un alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción.

En apoyo de esa conclusión, el Relator Especial aduce algunos elementos del asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*.

³⁹² D. Akande y S. Shah, «Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º4 (2010), págs. 815 a 852.

No obstante, dado que ninguno de esos asuntos versó sobre crímenes graves o nucleares, no son pertinentes para la cuestión de la inmunidad respecto de esos crímenes.

47. El Relator Especial se basa también en una decisión de un tribunal de apelación estadounidense en la causa *Belhas v. Ya'alon*, relativa al bombardeo por Israel en 1996 de un complejo en el Líbano que estaba bajo la protección de las Naciones Unidas. El bombardeo fue ordenado por un exgeneral, el General Ya'alon, a la sazón Jefe de la Inteligencia Militar. El tribunal falló en favor de la inmunidad del general sobre la base de una carta en la que el Embajador de Israel ante los Estados Unidos declaraba que todos los actos del general habían sido realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Lo interesante es que el tribunal examinó también la cuestión de si un funcionario seguía gozando de inmunidad después de haber cesado en el cargo, algo que el Relator Especial no ha abordado. El tribunal examinó también si se aplicaba la excepción de *jus cogens* y determinó que no era así.

48. Ahora bien, el Relator Especial va aún más lejos que el tribunal de los Estados Unidos. En el párrafo 30 de su informe, reconoce que el Estado que ejerce la jurisdicción no está obligado a «aceptar ciegamente» una declaración en que el Estado del funcionario indique que este actuó bajo su autoridad y, por consiguiente, goza de inmunidad. Aparentemente, sin embargo, la obligación de no «aceptar ciegamente» una declaración solo se refiere a los actos de naturaleza intrínsecamente personal o privada. Cuando un funcionario ha cometido algún acto en apoyo de una política estatal, la inmunidad es absoluta y la declaración de inmunidad no puede ser cuestionada por el tribunal que ejerce la jurisdicción. Este enfoque incondicional viene a ser corroborado por las referencias que hace el Relator Especial a la soberanía y las prerrogativas del Estado en el párrafo 61 *i* y el párrafo 31, en el que señala que

[I]a cuestión del estatuto, las funciones y la importancia del funcionario para el ejercicio de la soberanía del Estado guarda relación con la competencia interna de ese Estado, al igual que la cuestión de si las acciones del funcionario tienen carácter oficial.

49. El orador desea formular al Relator Especial la siguiente pregunta hipotética: ¿Qué ocurriría si el Sr. Ratko Mladić hubiera entrado disfrazado en la Federación de Rusia, hubiera sido identificado por la policía rusa y hubiera sido llevado ante un tribunal del país, pero el Gobierno de Serbia hubiese presentado al tribunal una carta parecida a la de Israel en la causa *Ya'alon*, afirmando que todos los actos del Sr. Mladić se realizaron en el desempeño de sus funciones oficiales? ¿Qué debería hacer entonces el tribunal ruso? ¿Debería aceptar la declaración de Serbia sobre la inmunidad funcional del Sr. Mladić, buscar más información sobre su comportamiento para determinar si había sido o no realmente un funcionario serbio, o, en consonancia con el argumento esgrimido por Akande y Shah y citado en la nota del párrafo 58 del informe, resolver que no puede haber inmunidad para los crímenes internacionales graves sujetos a jurisdicción extraterritorial?

50. El Relator Especial probablemente responderá que se trata de un caso *sui generis*. No obstante, pueden darse muchos casos análogos. Lo principal es que los crímenes

de que se ocupa la Comisión son crímenes muy graves y, cuando se trata de ese tipo de crímenes, un Estado que alega la inmunidad de su funcionario debe estar obligado a justificar su excepción de inmunidad. No basta con decir que se trata de un acto de carácter oficial.

51. Sería lamentable que el Relator Especial considerara que la Comisión debe aprobar las conclusiones detalladas que figuran en los informes segundo y tercero, ya que ello ataría excesivamente las manos del próximo Relator Especial. La Comisión debería limitarse a tomar nota de esas interesantes, aunque controvertidas, conclusiones.

52. Cuesta mucho labrarse una reputación, pero esta puede perderse en una noche. La Comisión ha aprobado muchos instrumentos progresivos a lo largo de los años, pero su buena reputación puede verse perjudicada si se inclina demasiado, en lo que respecta a la inmunidad, a favor de los intereses del Estado; si no encuentra un equilibrio entre las viejas tradiciones jurídicas y las nuevas expectativas.

53. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial) dice que lo pensará y responderá más adelante a la pregunta hipotética del Sr. Dugard. En la nota de la cuarta frase del párrafo 74 del segundo informe se menciona la legislación sudafricana en la que se lleva a efecto el Estatuto de Roma a que se ha referido el Sr. Dugard. La segunda pregunta del Sr. Dugard, sobre qué medidas debe adoptar Sudáfrica en vista de la existencia de esa legislación, no es pertinente. La cuestión no es si Sudáfrica debe seguir el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, que no tiene nada que ver con Sudáfrica, o atenerse a las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de Roma, algo que obviamente debe hacer como parte en ese instrumento. La cuestión es que todos los Estados, incluida Sudáfrica, tienen determinadas obligaciones en virtud del derecho internacional general y deben actuar de acuerdo con ellas en determinadas circunstancias. La cuestión de si Sudáfrica considera o no que las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia se ajustan al derecho internacional general es un tema aparte. Personalmente, el orador cree que sí.

54. La Comisión hace demasiado hincapié en una resolución «desafortunada» de la Corte Internacional de Justicia sobre la inmunidad personal de la troika: el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. Sin embargo, lo cierto es que esa resolución fue claramente confirmada por la Corte en el párrafo 170 de la sentencia dictada en el asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*. Por lo tanto, hay dos resoluciones, no solo una, sobre la inmunidad personal de la troika.

55. El Sr. PELLET dice coincidir en la mayoría de las cuestiones con el Sr. Dugard, pero desea saber por qué quiere excluir al ministro de relaciones exteriores de la troika. Si los otros funcionarios del Estado de la troika gozan de inmunidad personal por sus actos, a diferencia de una inmunidad funcional, obviamente los ministros de relaciones exteriores también deberían estar incluidos, ya que su función es representar al Estado. Pueden encontrarse buenos argumentos en apoyo de esa posición en el

derecho convencional y la jurisprudencia. No obstante, coincide con el Sr. Dugard en que los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores no gozan de inmunidad si cometen crímenes graves.

56. El Sr. SABOIA coincide con el Sr. Pellet en que los ministros de relaciones exteriores no deben ser excluidos de la troika; sin embargo, comparte la mayoría de las opiniones del Sr. Dugard sobre el informe, en especial las relativas a la inconveniencia de hacer extensiva la inmunidad *ratione personae* a funcionarios no pertenecientes a la troika y a la utilización del resumen que figura en el párrafo 61 del informe como conclusiones de la Comisión sobre el tema.

57. El Sr. DUGARD dice que, en su opinión, lo fundamental es que la Comisión examine muy atentamente las cuestiones de la rendición de cuentas y la impunidad en caso de comisión de crímenes nucleares muy graves. Es necesario prever una excepción a la inmunidad en tales casos. El asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* no guardaba relación con tales crímenes y, por esa razón, no viene a corroborar el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* en cuanto a los hechos. En todo caso, si un tribunal se equivoca en una ocasión y más tarde se repite, también está equivocado en la segunda ocasión.

58. El Sr. PETRIČ coincide con el Sr. Dugard en que ampliar indebidamente el círculo de personas que gozan de inmunidad personal iría en contra de los esfuerzos encaminados a garantizar que todo el que cometa un crimen nuclear debe ser castigado. Asimismo, comparte las preocupaciones del Sr. Dugard con respecto a la motivación de una alegación de inmunidad.

59. El Sr. PERERA se refiere al tercer informe del Relator Especial y dice que pone de manifiesto un alto grado de erudición al tratar del momento en que interviene el examen de la inmunidad, la invocación de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad, aspectos todos ellos que están bien fundamentados en la jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina.

60. El Relator Especial destaca acertadamente el hecho de que la inmunidad de un funcionario del Estado frente a la persecución penal extranjera debe examinarse en una fase inicial del procedimiento judicial, o incluso en la fase de instrucción. Su conclusión de que el hecho de no analizar la inmunidad *in limine litis* puede considerarse una violación de las obligaciones del Estado del foro dimanantes de las normas por las que se rige la inmunidad es acertada y se ve corroborada, entre otras cosas, por la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*.

61. En el examen de la invocación de la inmunidad se adopta un enfoque cuidadosamente estructurado y equilibrado de las diferentes categorías de funcionarios del Estado. El Relator Especial parte de la premisa de que, para tener «pertinencia jurídica» —dicho de otro modo, para tener consecuencias jurídicas— la inmunidad debe ser invocada por el Estado del funcionario y no por el

funcionario. A tal efecto, el Estado del funcionario debe ser informado de que se ha incoado o se prevé incoar un procedimiento penal contra el funcionario en cuestión. En el caso de la troika, sin embargo, no recae en el Estado del funcionario la carga de plantear la cuestión de la inmunidad, ya que se supone que las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal conocen el estatus de esa persona y saben en qué calidad ha actuado. Por el contrario, la carga de invocar la inmunidad de un funcionario que goza de inmunidad funcional debe recaer en el Estado del funcionario, puesto que solo ese Estado está en condiciones de dar testimonio sobre el estatus oficial del funcionario y sobre el hecho de que los actos fueron realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales. Si no se asume esa carga, el Estado que ejerce la jurisdicción no está obligado a examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu* y, por tanto, puede seguir adelante con el procedimiento penal.

62. La posición con respecto a otras personas de alto rango que gozan de inmunidad funcional, además de la troika, es más compleja. Parte de la dificultad radica en la falta de acuerdo sobre los criterios para determinar esas categorías. La importancia de las funciones desempeñadas por esos funcionarios desde el punto de vista de la soberanía del Estado y su pertinencia para la conducción de las relaciones internacionales pueden ser posibles criterios. Sería razonable exigir que la invocación de la inmunidad con respecto a esa categoría de funcionarios se sustente en elementos concluyentes que confirmen que el funcionario de que se trate, en razón de su estatus y sus funciones y su relación con las funciones soberanas del Estado, cumple efectivamente los criterios para alegar su inmunidad personal. Mucho dependerá de las circunstancias de cada caso y de los elementos existentes que justifiquen esa pretensión. Como se señala en el párrafo 31 del informe, el Estado que ejerce la jurisdicción no puede pasar por alto la invocación de la inmunidad personal de esos funcionarios —a lo que el orador añadiría la salvedad «ante los órganos apropiados»—, pero ese Estado no está obligado a «aceptar ciegamente» cualquier pretensión de ese tipo. En resumen, debe examinarse muy a fondo la categoría de funcionarios de alto rango, aparte de la troika, que gozan de inmunidad funcional.

63. El orador mantiene su posición de que debe considerarse que el ministro de relaciones exteriores forma parte de la troika. Este actúa como intermediario entre el Estado y la comunidad internacional y tiene competencia permanente, conferida por el jefe de Estado o de gobierno, para obligar al Estado respecto de determinados actos, competencia reconocida en la Convención de Viena de 1969.

64. En cuanto a los modos de informar a un tribunal sobre la inmunidad de un funcionario, el orador conviene en que existe una abundante práctica de los Estados que demuestra que esa información puede comunicarse por la vía diplomática, de manera que el Estado no necesita hacer valer la inmunidad de su funcionario ante un tribunal extranjero.

65. En líneas generales, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el derecho a renunciar a la inmunidad compete al Estado y en que la renuncia a la inmunidad con respecto a los funcionarios que forman parte de

la troika debe formularse expresamente, mientras que en el caso de todas las demás categorías de funcionarios la renuncia puede ser expresa o implícita.

66. En lo que respecta a la difícil cuestión, que se aborda en el párrafo 44 del informe, de si un Estado parte en un tratado sobre la protección de determinados derechos humanos renuncia implícitamente a la inmunidad de sus funcionarios que violen esos derechos humanos, el orador opina que, a falta de disposiciones expresas sobre la renuncia a la inmunidad, no debe inferirse a la ligera una renuncia tácita. A este respecto, se refiere al memorando de la Secretaría, mencionado en el párrafo 46 del informe³⁹³, en que se indica la existencia de una renuncia general a aceptar una renuncia tácita fundada en la aceptación de un acuerdo. Como se afirma en la resolución del Instituto de Derecho Internacional³⁹⁴ mencionada en el párrafo 47 del informe, se debe hacer hincapié en la renuncia clara e inequívoca de la inmunidad.

67. Por último, en relación con la responsabilidad del Estado que ha invocado la inmunidad del funcionario, el orador coincide ampliamente con el Relator Especial en que ello constituye un acto del Estado que puede dar pie a su responsabilidad internacional. No obstante, también comparte la opinión del Sr. Singh de que eso es solo un aspecto, y no necesariamente concluyente, de la determinación de la responsabilidad.

68. En conclusión, felicita al Relator Especial por su labor sobre el tema, que se refleja en sus tres informes.

69. El Sr. PELLET dice que, por su propia experiencia personal, sabe que los relatores especiales suelen ser blanco legítimo para los cazadores que acechan entre las filas de los miembros de la Comisión. Por su parte, ciertamente tratará de cazar al Relator Especial en relación con diversas cuestiones porque, al igual que el Sr. Dugard, cree que algunas de sus opiniones son un tanto peligrosas.

70. El tercer informe está bien argumentado, es interesante de principio a fin y, sobre todo, es mucho menos provocativo que el segundo informe. Es algo preocupante, sin embargo, que el tercer informe haya sido sometido a la Comisión para su examen antes de que se haya tomado ninguna decisión sobre el segundo informe que, pese a sus indudables méritos técnicos, ha suscitado reacciones encontradas³⁹⁵. Es como si se forzara a la Comisión a emprender la codificación de los modos de otorgar o denegar la inmunidad a funcionarios del Estado sin haberse puesto de acuerdo todavía sobre los motivos, los límites y las condiciones de esa inmunidad. Puede aducirse que esas cuestiones apenas se abordan en el tercer informe, que versa sobre los aspectos procesales, pero el hecho de que los debates que tuvieron lugar en la Comisión en la primera parte del período de sesiones hayan sido tan poco concluyentes guarda una relación directa con determinados aspectos del tercer informe.

³⁹³ A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones, 2008).

³⁹⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), pág. 742.

³⁹⁵ Por lo que respecta al examen del segundo informe (*Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 en el actual período de sesiones, véanse las sesiones 3086.^a a 3088.^a *supra*).

71. Por ejemplo, a la Comisión le resulta muy difícil esbozar las condiciones de renuncia a la inmunidad sin haber constatado cuándo y en qué circunstancias, llegado el caso, un funcionario goza de tal inmunidad, y sin haber resuelto la cuestión crucial de si los miembros de la troika gozan de inmunidad respecto de los crímenes internacionales más graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones muy graves de los derechos humanos. El orador coincide con el Sr. Dugard en que no debe reconocerse la inmunidad en esos casos.

72. En el párrafo 20 del informe se cita una observación que hizo el orador en su calidad de consejero de Francia en el procedimiento oral del asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*³⁹⁶. Si bien la cita es correcta, se ha sacado de contexto y puede llevar a la conclusión errónea de que, en su opinión, los jefes de Estado, otros miembros de la troika y los jefes de las misiones diplomáticas gozan de inmunidad ilimitada. Como ha dicho en el pasado, y lo ha repetido ahora, no hay inmunidad para los crímenes internacionales graves: el Estado deviene transparente y ya no puede proteger a sus funcionarios contra el derecho internacional. Además, como ha observado el Sr. Dugard, el contencioso entre Djibouti y Francia no se refería a crímenes graves, sino a asuntos mucho más triviales.

73. En sus alegatos orales, el orador reconoció que el Estado no necesitaba probar que los actos de los miembros de la troika se realizaban en el marco de funciones oficiales porque su inmunidad era personal y, en ese sentido, absoluta. Pero el Relator Especial no ha reproducido el resto de su intervención, que decía lo siguiente:

por otro lado, en lo tocante a los demás funcionarios del Estado, esa presunción no opera y el otorgamiento (o la denegación del otorgamiento) de las inmunidades debe ser decidido caso por caso, sobre la base de todos los elementos de la causa. Ello supone que corresponde a los tribunales nacionales apreciar si estamos frente a actos realizados en el contexto de funciones oficiales o no³⁹⁷.

74. De este pasaje se desprende claramente que, si bien coincide con el Relator Especial en que el Estado del funcionario no necesita pedir formalmente la inmunidad del funcionario si este es miembro de la troika, sí tiene que hacerlo cuando se trata de otros funcionarios, en cuyo caso, además, el Estado debe motivar su solicitud aunque, en última instancia, la decisión de otorgar la inmunidad corresponde a los tribunales nacionales.

75. Hay algunos aspectos del informe que le preocupan a ese respecto. Le resulta difícil aceptar que un Estado pueda invocar la inmunidad de sus funcionarios sin explicar las razones de esa inmunidad, como el Relator Especial parece afirmar en el párrafo 27. Esto cuadra mal con la afirmación del párrafo 30 de que «un tribunal puede investigar por propia iniciativa si tal pretensión es razonable». Las incoherencias culminan en la última frase del párrafo 61 i:

³⁹⁶ Corte Internacional de Justicia, *Audience publique tenue le vendredi 25 janvier 2008 à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, en l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (CR2008/5), págs. 23 y ss.

³⁹⁷ *Ibid.*, pág. 51.

La prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario en su carácter oficial o de determinar la importancia de las funciones que desempeña un alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción.

No puede estar menos de acuerdo: es al Estado que ejerce la jurisdicción a quien incumbe, teniendo en cuenta las explicaciones dadas por el Estado del funcionario, decidir si a ese funcionario se le debe reconocer la inmunidad.

76. El orador discrepa del Relator Especial en otra cuestión relacionada con el debate celebrado en la primera parte del período de sesiones, acerca de la cual el Sr. Dugard también ha manifestado su preocupación. En el párrafo 44, el Relator Especial indica que los tratados que establecen la jurisdicción universal con respecto a ciertos comportamientos no constituyen renuncias implícitas a la inmunidad. Eso sin duda no es cierto, en particular cuando una cláusula de jurisdicción universal enuncia una obligación de juzgar o extraditar. Además, el orador está en desacuerdo con la afirmación de la penúltima frase del párrafo 44 según la cual «para interpretar el tratado internacional de manera que se llegue a la conclusión de que en él está implícita la renuncia a la inmunidad de los funcionarios de un Estado que sea parte en ese tratado, hacen falta pruebas de que esa precisamente era la intención o la voluntad de ese Estado». No se trata de descubrir cuál es la intención o voluntad de un Estado en particular, sino más bien de determinar la intención o voluntad colectiva de todos los Estados partes en un tratado o acuerdo mediante la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Difícilmente se puede poner en duda que los Estados partes en un tratado que establece la jurisdicción universal para determinados crímenes e impone a los Estados la obligación de extraditar o juzgar, sin hacer ninguna excepción para los dirigentes de un país, tienen como objetivo combatir la impunidad garantizada por la inmunidad. Debe interpretarse que la voluntad colectiva de esos Estados impide utilizar la inmunidad como coartada.

77. Otra cuestión relacionada con el debate inconcluso de la primera parte del período de sesiones es la que surge en la nota del párrafo 60, en la que se cita una observación formulada por la Sra. Jacobsson en el 60.º período de sesiones de la Comisión³⁹⁸. Esta sostuvo que un Estado que se niegue a enjuiciar a uno de sus funcionarios o a renunciar a su inmunidad podía incurrir en responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, el problema puede abordarse desde un ángulo distinto, si se dispone que en determinados supuestos un Estado debe renunciar a la inmunidad de sus funcionarios o, mejor aún, si se establece firmemente que, en lo que respecta a determinados crímenes, ciertos funcionarios no gozan de ningún tipo de inmunidad.

78. El Relator Especial ha sacado sus conclusiones en forma de un resumen en vez de un proyecto de artículos, eludiendo así el problema de someter textos al escrutinio del Comité de Redacción. Pese a la naturaleza a veces cuestionable de los argumentos del Relator Especial, el exhaustivo trabajo de investigación que ha llevado a cabo le ha permitido abordar importantes cuestiones y

³⁹⁸ *Anuario... 2008*, vol. I, 2985.ª sesión, págs. 221 y 222, párrs. 5 a 7.

proponer varias soluciones. Por consiguiente, el orador recomienda que el nuevo relator especial que se nombre comience desde cero sus trabajos sobre el tema y encuentre un término medio entre la cultura de la impunidad, hacia la que se inclina el Relator Especial, y el rechazo total de la inmunidad de los dirigentes de los Estados, que obviamente no puede contemplarse.

79. El Sr. McRAE dice que el tercer informe del Relator Especial contiene un gran número de análisis convincentes, aunque sus conclusiones, como él mismo reconoce, son más extrapolaciones que claras conclusiones basadas en la práctica de los Estados.

80. El examen del tercer informe pone de relieve la persistencia de algunas de las dudas de la Comisión sobre los informes primero y segundo; como ha dicho el Sr. Pellet, tal vez esas cuestiones deberían haberse resuelto antes de examinar el tercer informe. Por ejemplo, se vuelve a plantear la cuestión de si debe ampliarse la troika para incluir a otros altos funcionarios, como los ministros de comercio o de defensa. El Relator Especial sostiene que, cuando se trata de personas con inmunidad funcional, compete al Estado que invoca la inmunidad plantear la cuestión ante el Estado que inicia las actuaciones, mientras que si se trata de miembros de la troika, que gozan de inmunidad personal, es el propio Estado que inicia las actuaciones quien tiene la responsabilidad de reconocer la inmunidad. Las razones del Relator Especial parecen atractivas: el hecho de que determinadas personas son jefes de Estado o de gobierno o ministros de relaciones exteriores y gozan de inmunidad personal es generalmente bien conocido. Sin embargo, suscribe la observación del Sr. Dugard de que, si bien puede ser así cuando se trata de grandes Estados importantes, ello es poco probable en el caso de algunos otros Estados.

81. Dado que actualmente el ministro de relaciones exteriores no es el único que representa al Estado en el extranjero, parece que tiene sentido ampliar las categorías de funcionarios que deben gozar de inmunidad personal. No obstante, la ampliación de la troika entraña difíciles decisiones sobre los funcionarios que conviene incluir, y, por principio, esto probablemente no sea aconsejable. Tal vez la responsabilidad de hacer valer la inmunidad deba recaer en todos los casos en el Estado que la invoca, con independencia de que la persona sea o no miembro de la troika. Parece muy improbable que un Estado no se dé cuenta de que un jefe de Estado está siendo perseguido penalmente ante un tribunal extranjero, a menos que haga deliberadamente caso omiso de ese hecho. En la práctica, no parece muy difícil exigir al Estado de un funcionario que haga valer la inmunidad ante el Estado que ha iniciado las actuaciones. Por consiguiente, es preciso volver a examinar las conclusiones del Relator Especial que figuran en los apartados *e, f y g* del párrafo 61 de su informe.

82. Además, la afirmación en el párrafo 61 *i* de que la prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario como comportamiento oficial del Estado compete al Estado del funcionario va demasiado lejos. No cabe duda de que el Estado que ha iniciado las actuaciones también tiene derecho a determinar si un acto puede

calificarse de oficial: ello no es solo «prerrogativa» del Estado del funcionario. En el párrafo 30, el Relator Especial reconoce que el Estado que ha iniciado las actuaciones puede investigar si tal pretensión es razonable. Basando su argumento en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, sugiere que el nombramiento de una persona como funcionario crea la presunción de que actúa en ejercicio de sus funciones oficiales. A este respecto, el Relator Especial va más lejos que la Corte, que se refería a una presunción creada por la declaración del Secretario General de las Naciones Unidas de que la persona en cuestión actuaba a título oficial, y no a una presunción basada en el mero nombramiento. En realidad, la cuestión es determinar hasta dónde debe llegar el Estado que ha iniciado las actuaciones al examinar la alegación de que un funcionario ha actuado en ejercicio de sus funciones oficiales. Obviamente, será necesario evaluar los hechos de cada caso, pero la sugerencia de que el mero nombramiento de un funcionario crea una «presunción» va demasiado lejos y carece de fundamento.

83. La completa serie de informes³⁹⁹ elaborados sobre el tema por el Relator Especial ha proporcionado una excelente base para que la Comisión pueda avanzar. Sin embargo, hay una importante cuestión sobre la que el Relator Especial y muchos miembros de la Comisión siguen divididos: el alcance de las posibles excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, en particular respecto de crímenes internacionales graves. Esta cuestión debería ser la primera que se examine en el 64.º período de sesiones y debería ser estudiada inicialmente por un grupo de trabajo. Hasta que no se resuelva satisfactoriamente, la Comisión no podrá realizar verdaderos progresos.

84. En conclusión, da las gracias al Relator Especial por su valiosísima contribución a los trabajos de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3114.ª SESIÓN

Jueves 28 de julio de 2011, a las 10.00 horas

Presidente saliente: Sr. Maurice KAMTO

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

³⁹⁹ El informe preliminar aparece reproducido en *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.