

es demasiado compleja para ser objeto de directrices o de normas jurídicas no vinculantes. La referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que ha hecho el Sr. Park, es sorprendente. A diferencia de Sir Michael Wood, que opina que el número de ratificaciones necesario para la entrada en vigor de la Convención no se ha podido obtener a causa de la extrema complejidad de los procedimientos de ratificación internos, el orador estima que ello es debido a que la Convención versa sobre cuestiones que muchos Estados consideran demasiado delicadas. No conoce ningún gobierno que esté dispuesto a partir oficialmente del principio de que la inmunidad del Estado es absoluta. Hay acuerdo general sobre el hecho de que la inmunidad tiene carácter funcional, pero los Estados se muestran reacios a llegar a ser partes en un instrumento jurídicamente vinculante. La Comisión se encuentra en una situación delicada, porque está tratando sobre un tema difícil, a horcajadas de la frontera entre la funcionalidad y la no funcionalidad.

68. En relación con las posibles limitaciones de la inmunidad, la Relatora Especial ha mencionado varias veces en su informe (en los párrafos 29 y 60, por ejemplo) la necesidad de tener en cuenta y aceptar «nuevos elementos del derecho internacional contemporáneo, vinculados a la lucha contra la impunidad» y «una tendencia hacia la limitación de las inmunidades» (párr. 29). Es cierto que emerge claramente una tendencia a la limitación de la inmunidad, pero esta resulta de la existencia de tribunales internacionales y su actividad, no obstante el importante lapso transcurrido entre la creación del Tribunal de Núremberg y la de los tribunales penales internacionales más recientes. Se constata la tendencia inversa cuando se remiten asuntos a los tribunales internos. Cuando se han hecho intentos por procesar a Jefes de Estado extranjeros en España, Bélgica y el Reino Unido, se han aprobado leyes para restringir esa posibilidad.

69. En lo que concierne a la tendencia general, la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, que tiene gran relevancia para los trabajos futuros de la Comisión sobre el tema, confirmó la norma de derecho internacional existente y la posición adoptada algunos años antes por la Corte en los asuntos relativos a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*.

70. Como señala la Relatora Especial, la Comisión tiene que tratar el tema basándose en ciertos valores, como la estabilidad de las relaciones internacionales y la lucha contra la impunidad. Esos valores, aunque complejos en los planos político y filosófico, en el plano jurídico son sumamente complejos. Es fácil decir «sin paz no hay justicia», pero esa máxima no siempre se ha impuesto. El orador comparte por supuesto este punto de vista, pero pasar de la teoría a la práctica puede resultar difícil. La Comisión debe encontrar el delicado equilibrio entre ambas.

71. Por inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado se entiende la inmunidad frente a las acciones penales entabladas contra él, pero no frente al derecho sustantivo de un Estado extranjero y menos aún frente al derecho del Estado a cuyo servicio estaba

el funcionario. Por consiguiente, la existencia de inmunidad no significa que sea imposible iniciar una investigación penal o incoar un procedimiento penal en el ámbito interno contra un alto funcionario determinado. Por supuesto, el Estado del que el beneficiario de la inmunidad es o ha sido funcionario se encuentra siempre ante un grave dilema cuando esa persona está a punto de ser procesada por un tribunal extranjero, a saber, si debe invocar la inmunidad con respecto a los actos que se imputan al interesado, por ejemplo un Jefe de Estado, en cuyo caso esos actos pasarán a ser actos del Estado mismo, con todas las consecuencias que eso conlleva.

72. El orador aprueba la propuesta que hace la Relatora Especial en el párrafo 63 de su informe de que la Comisión examine la cuestión de si la inmunidad *ratione personae* puede hacerse extensiva a personas distintas de las que integran la troika. Es posible ciertamente ampliar ese círculo, pero no mediante la elaboración de una lista de las personas en cuestión, sino mediante el establecimiento de diferentes categorías. Con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión tendrá que establecer unos criterios objetivos para determinar lo que constituye un «acto oficial».

73. En cuanto a si la aproximación al tema debe hacerse desde la perspectiva de la codificación o el desarrollo progresivo, el orador conviene con el Sr. Murphy en que la formulación de normas *de lege ferenda* plantea un problema de política jurídica muy espinoso que requiere un enfoque extraordinariamente prudente. Conviene asimismo con el Sr. Huang y Sir Michael en que la Comisión debe considerar con suma prudencia cualquier desarrollo progresivo del derecho internacional a este respecto. En vista de que no hubo unanimidad en la Sexta Comisión ni en la Comisión de Derecho Internacional acerca de si esta debía examinar el tema con miras a un desarrollo progresivo, lo sensato sería, como se propone en el informe, comenzar por codificar las normas de derecho internacional existentes y solo entonces pasar al desarrollo progresivo de las «zonas grises» o cuestiones que no están suficientemente reguladas pero son objeto de un consenso o un amplio apoyo.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

3147.ª SESIÓN

Viernes 20 de julio de 2012, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Lucius CAFLISCH

Miembros presentes: Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gevorgian, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kitichaisaree, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (conclusión) (A/CN.4/650 y Add.1, secc. A, y A/CN.4/654)

[Tema 5 del programa]

INFORME PRELIMINAR DE LA RELATORA ESPECIAL (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que continúe el examen del informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado de la nueva Relatora Especial. Pide a la Sra. Escobar Hernández que reanude los debates sobre el tema.

2. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) agradece a los miembros la acogida dispensada al informe preliminar, así como sus observaciones constructivas. Va a resumir en primer lugar los intercambios sobre las cuestiones de fondo, antes de pasar a la metodología y al plan de trabajo.

3. En primer lugar, cabe subrayar que todos los miembros están de acuerdo con la idea de mantener la distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, reconociendo al mismo tiempo que cada una de ellas tiene una dimensión funcional, cuyo fundamento es la preocupación de preservar la igualdad soberana de los Estados y la estabilidad de las relaciones internacionales. Para algunos, la inmunidad *ratione personae* de los más altos funcionarios o representantes del Estado se justifica por el hecho de que estos representan al Estado o incluso lo personifican, pero un miembro al menos refuta este argumento porque el concepto de la personificación del Estado ya no es compatible, hoy día, con el principio de una soberanía del Estado basada en el pueblo.

4. En lo que respecta a la inmunidad *ratione personae*, muchos miembros consideran que su ámbito de aplicación se debe limitar a la troika, es decir al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, la concesión de la inmunidad a este último suscita reservas por parte de algunos, mientras que otros, al contrario, no excluyen la posibilidad de extender la inmunidad a otros altos responsables del gobierno cuyo mandato tenga que ver con las relaciones exteriores. Pero esta extensión suscita reservas debido a la dificultad de establecer categorías de personas cuyas funciones dependen del derecho interno de cada Estado. En cualquier caso, todos convienen en que un sistema de listas no es viable y que es preferible definir los criterios de una posible aplicación de la inmunidad *ratione personae* más allá de la troika, ampliación que se podría limitar a períodos o a circunstancias específicos, como las misiones especiales. En cuanto a la inmunidad *ratione materiae*, muchos miembros consideran que el principal criterio para determinar los beneficiarios es el carácter «oficial» o no del acto realizado. Por otra parte, la expresión «funcionarios del Estado» para designar a estos beneficiarios parece ser la preferida de la mayoría.

5. El propio concepto de acto oficial ha suscitado una atención especial y algunos miembros consideran que no afecta solamente a la inmunidad *ratione materiae*, sino también a la inmunidad *ratione personae*. Se ha destacado que es necesario que el acto oficial se realice en

nombre del Estado y en el marco de las funciones asignadas a uno de sus funcionarios. Todos convienen en que es esencial definir el acto oficial para determinar el ámbito de aplicación de la inmunidad, pero la propia definición es objeto de controversia. Por lo tanto, es necesario examinar los criterios que puedan servir para calificar a un acto de «oficial». A este respecto, varios miembros recomiendan que se utilicen los mismos criterios que en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸⁹ y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, pero otros se oponen a esta transposición. Se plantea también la cuestión de saber si los actos ilícitos o cometidos *ultra vires* entran en la categoría de los actos oficiales. Por último, se ha propuesto basarse en la distinción entre los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* o incluso prever actos *jure gestionis* que se realizarían a título oficial y podrían dar lugar a la responsabilidad penal de su autor.

6. El tema que ha suscitado los más vivos debates es indudablemente el de las posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en particular en el caso de los crímenes internacionales. Para muchos, estos actos no están cubiertos por la inmunidad, puesto que ello sería contrario a la lucha contra la impunidad del derecho internacional contemporáneo. Por lo tanto, es necesario determinar los crímenes que escapan a la inmunidad, eventualmente en función de su gravedad, pero varios miembros consideran precisamente que este criterio no tiene ninguna pertinencia en el particular. La Relatora Especial piensa que los crímenes que justifican una exclusión de la inmunidad son aquellos que la comunidad internacional en su conjunto considera que son de una gravedad y de una incidencia particulares, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

7. Por lo general, parece difícil hacer abstracción de las recientes tendencias del derecho internacional en materia de responsabilidad penal internacional de la persona. Un miembro ha subrayado que no se pueden tomar en consideración cuestiones comerciales al determinar las excepciones a la inmunidad del Estado si se ignoran los crímenes internacionales al determinar las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Para algunos, los regímenes convencionales, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no sirven para determinar posibles excepciones, pero otros consideran al contrario que muestran tendencias que la Comisión no puede ignorar. En cualquier caso, conviene abordar la cuestión de las excepciones con prudencia y teniendo en cuenta la práctica de los Estados, así como los trabajos previos de la Comisión.

8. La propuesta de la Relatora Especial de que se haga referencia a los valores y principios del derecho internacional contemporáneo ha dado también lugar a intensos intercambios de opiniones. Muchos miembros consideran que este enfoque es útil para encontrar el equilibrio necesario entre, por una parte, la voluntad de preservar la igualdad

²⁸⁹ 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, se reproduce en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

soberana de los Estados y la estabilidad de las relaciones internacionales y, por otra, la de luchar contra la impunidad, pero otros consideran al contrario que un análisis basado en elementos metajurídicos y en las «tendencias» del ordenamiento jurídico internacional no es conveniente. Un miembro ha propuesto que se hable de «política jurídica». En su conjunto, sin embargo, nada se opone expresamente a que se tomen en consideración estos valores y principios. Lo que es más problemático es su identificación. A este respecto, se pueden distinguir dos grandes tendencias en la Comisión: para algunos, los valores y principios pertinentes son exclusivamente la igualdad soberana de los Estados, la integridad territorial y la estabilidad de las relaciones internacionales, que la inmunidad trata precisamente de proteger; para otros, estos mismos principios y valores se deben asociar a otros más recientes, que han aparecido durante los últimos decenios y que se han traducido en distintas normas del derecho internacional, como, en particular, la voluntad de combatir la impunidad de los crímenes internacionales más graves. Al mismo tiempo, a este respecto, la soberanía del Estado, en su dimensión jurisdiccional, está limitada por la inmunidad, lo cual es algo que hay que tener también en cuenta.

9. En definitiva, una referencia no restrictiva a los valores y principios existentes, en sus aspectos estrictamente jurídicos y teniendo en cuenta su lugar en el orden jurídico internacional, es objeto de un consenso del que la Relatora Especial se felicita. Sin embargo, también a ese respecto convendrá proceder con prudencia basándose en la práctica de los Estados, las normas internacionales y la evolución del derecho internacional. En particular, es necesario atenerse a los valores y principios compartidos por el conjunto de la comunidad internacional. No se trata en ningún caso de introducir «valores occidentales» como teme un miembro. En cualquier caso, nadie parece excluir la lucha contra la impunidad de los valores y principios que deben tomarse en consideración, lo que es especialmente importante habida cuenta de la diversidad de las culturas y los sistemas jurídicos representados en la Comisión.

10. Varios miembros han suscrito la propuesta de la Relatora Especial de analizar la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual, así como su incidencia en la inmunidad, y, en particular, la relación entre la inmunidad del Estado y la del individuo. Algunos aprueban a este respecto la idea de basarse en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, pero otros consideran que esta decisión no tiene que ver con la inmunidad de los funcionarios del Estado.

11. Se ha concedido gran importancia a los aspectos procesales de la inmunidad, que todos reconocen que merecen ser examinados. Sin embargo, hay diversidad de opiniones en cuanto al momento oportuno para efectuar este examen. La mayoría de los miembros aprueba la propuesta de la Relatora Especial de dedicarse al principio a las cuestiones de fondo, mientras que otros preferirían abordar antes las cuestiones de procedimiento, sin distinguirlas necesariamente de los aspectos de fondo de la inmunidad.

12. Por último, cabe señalar que dos miembros han mencionado la necesidad de abordar la cuestión de la jurisdicción universal en el marco de los trabajos sobre

la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y han remitido al informe elaborado sobre el tema por el grupo especial de expertos técnicos de la Unión Africana y la Unión Europea.

13. En conclusión, la Relatora Especial señala que las cuestiones de fondo tratadas en su informe preliminar están aún lejos de suscitar un consenso, como demuestran los debates de la Comisión, pero son objeto de una reflexión estructurada que deberá continuar durante las sesiones siguientes, sobre la base de un análisis profundo.

14. En lo que respecta a los intercambios dedicados a la metodología y al plan de trabajo, la Relatora Especial recuerda que su informe preliminar es un informe de transición, cuyo objeto es presentar las bases metodológicas de los trabajos que se propone efectuar durante el quinquenio en curso. Muchos miembros, destacando la importancia de las cuestiones de método en esta fase de los trabajos, han formulado observaciones útiles a este respecto. Sin embargo, el debate se ha seguido centrandose esencialmente en el enfoque propuesto en el informe y su expresión inmediata, el plan de trabajo. Un miembro se ha preguntado por la neutralidad de este enfoque y ha insistido en el hecho de que no debía influir en modo alguno en el debate de fondo. Cabe objetar a este respecto que ningún enfoque puede ser neutro, porque el concepto mismo de enfoque supone optar por un planteamiento con un objetivo preciso. Toda neutralidad en cuanto al objeto y la finalidad de los trabajos o en cuanto al enfoque adoptado para tratar un tema es por lo tanto ilusoria, sobre todo en el marco de los trabajos preparatorios, ejercicio al cual corresponde en gran parte la misión de codificación y desarrollo progresivo del derecho que incumbe a la Comisión.

15. Como ocurre a menudo en los debates de la Comisión, la primera cuestión de método planteada por los miembros ha sido la de saber cuánto tiempo dedicar a la codificación y cuánto al desarrollo progresivo del derecho internacional en los trabajos sobre el tema y si es necesario dar prioridad al análisis *de lege lata* o al *de lege ferenda*. En general, los miembros están de acuerdo en que no es posible tratar el tema bajo una sola de estas perspectivas. Han considerado que, debido a la propia naturaleza de las cuestiones examinadas, la Comisión no puede atenerse al enunciado de la *lex lata* y debe proceder al desarrollo del derecho. Han aprobado el enfoque prudente preconizado por la Relatora Especial, que consiste en partir de consideraciones *de lege lata* para incorporar a continuación un análisis *de lege ferenda*, teniendo en cuenta en todo momento la evolución del derecho internacional. Sin cuestionar este planteamiento, algunos miembros han considerado necesario guardarse de establecer una distinción clara entre *lex lata* y *lex ferenda*, entre codificación y desarrollo progresivo del derecho. Han subrayado que la Comisión no tiene que indicar lo que es codificación y lo que es desarrollo progresivo del derecho en la medida en que su mandato abarca ambos aspectos. Le corresponde simplemente proponer un conjunto coherente de proyectos de artículo que sean objeto de un consenso. Un miembro ha considerado necesario, al contrario, distinguir suficientemente entre *lex lata* y *lex ferenda*. Otros han observado que los conceptos de análisis *de lege ferenda* y de desarrollo progresivo del derecho no se utilizan con la precisión necesaria en los trabajos de la Comisión.

16. En segundo lugar, los miembros han aprobado el enfoque consistente en basarse en los trabajos del anterior Relator Especial para determinar las principales cuestiones controvertidas que siguen pendientes y requieren nuevas respuestas. De forma general, han aprobado la propuesta de que los distintos grupos de cuestiones se traten separadamente, uno tras otro. Sin embargo, se ha destacado que una compartimentación excesiva de las cuestiones que se deben examinar podría entrañar el riesgo de que se oculten algunos problemas. En tercer lugar, la mayoría de los miembros ha aprobado el plan de trabajo y los cuatro grandes grupos de cuestiones que se deben examinar a los que remite, que figuran en el último capítulo del informe. Algunos, sin poner en entredicho este plan de trabajo, han manifestado su preferencia por que se adopte un enfoque concreto y se traten las cuestiones generales de manera transversal al mismo tiempo que las demás cuestiones planteadas por el tema. Como se ha señalado anteriormente, algunos han considerado que los aspectos procesales del tema se deben tratar inmediatamente, al mismo tiempo que el fondo. Por último, se han pedido aclaraciones sobre la estrategia prevista por la Relatora Especial y sobre el calendario de los trabajos.

17. Finalmente, por lo que se refiere a la continuación de los trabajos, parece en primer lugar que el plan de trabajo y los cuatro grupos de cuestiones a los que remite, presentados en el párrafo 72 del informe preliminar, siguen siendo válidos. Un miembro se ha preguntado por la estrategia prevista por la Relatora Especial, pese a que está claramente expuesta en ese párrafo. En segundo lugar, a los efectos del examen de las cuestiones planteadas, la Relatora Especial se basará en la práctica de los Estados, en la jurisprudencia internacional y nacional, en las normas y principios del derecho internacional pertinentes y en la doctrina. Basándose en los trabajos del anterior Relator Especial²⁹⁰ y en el memorando de la Secretaría²⁹¹, así como en todos los trabajos de la Comisión que puedan estar relacionados con el tema, la Relatora Especial se esforzará por aportar un «nuevo punto de vista» que resuelva las cuestiones controvertidas pendientes.

18. En tercer lugar, se propondrán soluciones específicas a los Estados, más concretamente a las autoridades competentes sobre las cuestiones de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a saber, en particular, los jueces y los fiscales. Por lo tanto, la Relatora Especial se propone incluir en sus futuros informes proyectos de artículo basados en un enfoque coherente y exhaustivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A este respecto, la propuesta de elaborar una guía para los fiscales parece un poco prematura; probablemente bastaría con un proyecto de artículos que diese a las autoridades competentes las orientaciones prácticas necesarias. En cuarto lugar, se debe conceder la misma importancia a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho: se debe estudiar el tema tanto desde el punto de vista de la *lex lata* como desde el de la *lex ferenda*. En quinto lugar, por lo que se refiere al calendario

de los trabajos, cuando la Relatora Especial ha mencionado la posibilidad de acabarlos durante el quinquenio en curso, pensaba en la aprobación de un proyecto de artículos en primera lectura. Como las cuestiones que se deben examinar son complejas y delicadas, la Comisión deberá tener en cuenta las observaciones de los Estados antes de pasar al examen de un proyecto de texto en segunda lectura, que podría ser rápida. La Relatora Especial conviene en la necesidad de proporcionar, en su caso, la posibilidad de modificar el plan de trabajo a la luz de los debates que tendrán lugar en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión. Sea como fuere, el informe siguiente se dedicará esencialmente a las cuestiones enumeradas en los apartados 1 y 2 del párrafo 72 del informe preliminar. Por último, como varios miembros han señalado que por vez primera en la historia de la Comisión se ha nombrado a una mujer Relatora Especial, la Sra. Escobar Hernández querría, felicitándose por este avance, expresar la esperanza en que la composición de la Comisión refleje mejor en el futuro la de la comunidad de los juristas internacionalistas, donde la proporción de mujeres es claramente más importante.

Se levanta la sesión a las 11.55 horas.

3148.ª sesión

Martes 24 de julio de 2012, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Lucius CAFLISCH

Miembros presentes: Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gevorgian, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario²⁹² (A/CN.4/650 y Add.1, secc. G, y A/CN.4/653)

[Tema 7 del programa]

NOTA DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita a Sir Michael Wood (Relator Especial) a presentar su nota sobre la formación y prueba del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/653).
2. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que la incertidumbre sobre el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario se considera en ocasiones una deficiencia del derecho internacional en

²⁹⁰ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar), *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe), y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

²⁹¹ A/CN.4/596 y Corr.1 (documento mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión).

²⁹² En su 63.º período de sesiones, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo y recomendó que se preparase un anteproyecto [*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 y 366, y anexo I]. En el actual período de sesiones, decidió incluir el tema en su programa de trabajo y designar Relator Especial a Sir Michael Wood (véase *supra* la 3132.ª sesión).