



Asamblea General

Distr. general
14 de junio de 2016

Original: español

Comisión de Derecho Internacional

68º período de sesiones

Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio
a 12 de agosto de 2016

Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial*

Índice

Capítulo

Página

Introducción.	3
I. Los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; introducción	6
A. Consideraciones generales	6
B. El tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	9
II. Estudio de la práctica	19
A. Práctica convencional	19
B. Práctica legislativa nacional	27
C. Práctica judicial internacional	34
1. Corte Internacional de Justicia	35
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	43

* La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a los siguientes miembros del equipo de investigación del proyecto «La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo» (DER2013-45790-P): profesores Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Fernando Val Garijo y Teresa Marcos Martín (Universidad Nacional de Educación a Distancia); Rosario Ojinaga Ruiz, Yael Cacho Sánchez y José Antonio Valles Cavia (Universidad de Cantabria), y Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto). Igualmente desea agradecer la colaboración de la profesora Silvia Morgades Gil (Universidad Pompeu Fabra) y de la Sra. Raquel Saavedra, estudiante de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.



3. Tribunales penales internacionales	47
D. Práctica judicial nacional	51
E. Otros trabajos de la Comisión	61
III. Los límites y excepciones en el marco jurídico general de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera: cuestiones metodológicas y conceptuales.	69
A. La naturaleza jurídica de la inmunidad	70
1. La relación entre inmunidad y jurisdicción	70
2. La relación entre inmunidad y responsabilidad	71
3. La relación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado	72
B. Tribunales penales nacionales e internacionales	73
C. Concepto de límites y excepciones a la inmunidad	79
IV. Supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica	81
A. Crímenes internacionales	81
1. El límite o excepción basado en la comisión de crímenes internacionales como norma consuetudinaria	82
2. La fundamentación sistémica de los crímenes internacionales como excepción a la inmunidad	87
3. Los crímenes internacionales que constituyen un límite o excepción a la inmunidad	97
B. La “excepción territorial”	98
C. La corrupción como límite o excepción a la inmunidad	100
D. Los límites y excepciones ante la inmunidad <i>ratione personae</i> y <i>ratione materiae</i> ...	102
E. Proyecto de artículo	104
V. Plan de trabajo futuro	106
Anexos	
I. Proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión	107
II. Proyectos de artículos provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones de la Comisión, en 2015	109
III. Proyecto de artículo propuesto para su consideración por la Comisión en su 68º período de sesiones, en 2016	110

Introducción

1. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006, sobre la base de la propuesta que figura en el informe de la Comisión sobre ese período de sesiones¹. En su 59º período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin². En el mismo período de sesiones se pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema³.

2. El Relator Especial, Sr. Kolodkin, presentó tres informes en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema y analizó diversos aspectos de las cuestiones sustantivas y procesales relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴. La Comisión consideró los informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones 60º y 63º, respectivamente en 2008 y 2011. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema con ocasión de la consideración del informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en particular en 2008 y 2011.

3. En su 3132ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión⁵.

4. En ese mismo período de sesiones, la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁶. Ese informe contribuyó a clarificar los términos del debate que se había venido manteniendo hasta esa fecha, identificó los principales puntos de controversia que subsistían, señaló los temas a analizar y la metodología que debería aplicarse, y propuso un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema a lo largo del presente quinquenio. La Comisión examinó el informe preliminar en su 64º período de sesiones, en 2012⁷, y la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones⁸, avalando en ambos casos las propuestas de la Relatora Especial.

¹ Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257 y pág. 209, anexo I.

² Véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376.

³ Véase *ibid.*, pág. 99, párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento [A/CN.4/596](#).

⁴ Los informes del Relator Especial, Sr. Kolodkin, figuran en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 163; documento [A/CN.4/601](#) (informe preliminar); documento [A/CN.4/631](#) (segundo informe); y documento [A/CN.4/646](#) (tercer informe).

⁵ Véase [A/67/10](#), párr. 84.

⁶ Documento [A/CN.4/654](#).

⁷ En relación con el desarrollo de dicho debate, véase [A/67/10](#), párrs. 84 a 139. Véanse también las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos [A/CN.4/SR.3143](#) a [A/CN.4/SR.3147](#).

⁸ La Sexta Comisión se ocupó del tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.^a a 23.^a sesiones ([A/C.6/67/SR.20](#) a 23). Además, en otra sesión dos Estados realizaron referencias al tema (*ibid.*, 19.^a sesión ([A/C.6/67/SR.19](#))). Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones ([A/CN.4/657](#)), párrs. 26 a 38.

5. En el 65º período de sesiones de la Comisión, en 2013, la Relatora Especial presentó el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁹. En el mismo se analizó el alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, los conceptos de inmunidad y jurisdicción, la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, así como los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*, proponiendo seis proyectos de artículos. La Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial¹⁰ y aprobó provisionalmente tres proyectos de artículos dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyecto de artículo 1) y a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* (proyectos de artículos 3 y 4)¹¹, junto con sus comentarios. En relación con el proyecto de artículo dedicado a las definiciones, el Comité de Redacción decidió mantenerlo en examen y pronunciarse sobre el mismo más adelante¹². El segundo informe de la Relatora Especial fue examinado por la Sexta Comisión en su sexagésimo octavo período de sesiones, en 2013, valorando positivamente el informe y los avances realizados por la Comisión¹³.

6. En el 66º período de sesiones de la Comisión, en 2014, la Relatora Especial presentó el tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁴. En el mismo se comenzó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, concentrándose en el concepto general de “funcionario del Estado”, en el ámbito subjetivo de la inmunidad *ratione materiae* (personas que se benefician de la inmunidad), analizó la terminología a utilizar para referirse a los funcionarios del Estado y propuso dos proyectos de artículos. La Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial en sus 3217ª a 3222ª sesiones¹⁵ y aprobó provisionalmente los proyectos de artículos dedicados al concepto general de “funcionario del Estado” (proyecto de artículo 2, apdo. e) y a los “beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*” (proyecto de artículo 5)¹⁶, junto con sus comentarios¹⁷. En su sexagésimo noveno período de

⁹ Documento [A/CN.4/661](#).

¹⁰ Para un análisis detallado de las cuestiones suscitadas en los debates y las posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión, véanse [A/CN.4/SR.3164](#) a [A/CN.4/SR.3168](#) y [A/CN.4/3170](#).

¹¹ Véase el texto de dichos proyectos de artículos en el anexo I del presente informe.

¹² Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 65º período de sesiones, véase [A/68/10](#), párrs. 40 a 49. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 49. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos, véanse [A/CN.4/SR.3193](#) a [A/CN.4/SR.3196](#). Para la presentación del informe del Comité de Redacción, véase [A/CN.4/SR.3174](#).

¹³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17ª a 19ª sesiones ([A/C.6/68/SR.17](#) a 19). Véase igualmente el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones ([A/CN.4/666](#)), en especial secc. B.

¹⁴ Documento [A/CN.4/673](#).

¹⁵ Para un análisis detallado de las cuestiones suscitadas en los debates y las posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión, véanse [A/CN.4/SR.3217](#) a [A/CN.4/SR.3222](#).

¹⁶ Véase el texto de dichos proyectos de artículos en el anexo I del presente informe.

¹⁷ Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 66º período de sesiones, véase [A/69/10](#), párrs. 123 a 132. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 132. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos, véanse [A/CN.4/SR.3240](#) a [A/CN.4/SR.3242](#). Para el informe del Comité de Redacción y su presentación en el plenario, véanse el documento [A/CN.4/L.850](#) (mimeografiado) y

sesiones, la Sexta Comisión examinó el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” con ocasión del examen del informe anual de la CDI. Los Estados recibieron positivamente el tercer informe de la Relatora Especial y los dos nuevos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión, destacando los notables avances que se habían producido en el tema¹⁸.

7. En el 67º período de sesiones de la Comisión, en 2015, la Relatora Especial presentó el cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁹. El cuarto informe continuó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, abordando de forma detallada los elementos sustantivo y temporal, y propuso dos proyectos de artículos. La Comisión examinó el cuarto informe de la Relatora Especial en sus 3271ª a 3278ª sesiones²⁰ y decidió remitir los dos proyectos de artículos al Comité de Redacción. El Comité de Redacción aprobó provisionalmente los proyectos de artículos 2, apdo. *f* (definición de “acto realizado a título oficial”) y 6 (alcance de la inmunidad *ratione materiae*)²¹. La Comisión tomó nota de estos proyectos de artículos y se prevé que los comentarios a los mismos se examinarán en el presente período de sesiones²². En su septuagésimo período de sesiones, la Sexta Comisión examinó el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” con ocasión del examen del informe anual de la Comisión. De nuevo los Estados recibieron positivamente el cuarto informe de la Relatora Especial y los dos nuevos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y destacaron los progresos realizados por la Comisión en relación con este tema²³.

8. Desde 2013 la Comisión ha formulado diversas preguntas a los Estados sobre cuestiones de interés para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En 2014, diez Estados remitieron comentarios: Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, República Checa, Reino Unido y Suiza²⁴. En 2015, los siguientes Estados

[A/CN.4/SR.3231](#). La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

¹⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª a 26.ª sesiones ([A/C.6/69/SR.21](#) a [SR.26](#)). Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones ([A/CN.4/678](#)), secc. D, párrs. 37 a 51.

¹⁹ Documento [A/CN.4/686](#).

²⁰ Para un análisis detallado de las cuestiones suscitadas en los debates y las posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión, véanse [A/CN.4/SR.3271](#) a [A/CN.4/SR.3278](#).

²¹ Véanse [A/CN.4/L.865](#) (mimeografiado) y [A/CN.4/SR.3284](#). La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión. El texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción se incluye en el anexo II del presente informe.

²² Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 67º período de sesiones, véase [A/70/10](#), párrs. 174 a 243.

²³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª y 22.ª a 25.ª sesiones ([A/C.6/69/SR.20](#) y 22 a 25). Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo período de sesiones ([A/CN.4/689](#)), secc. F, párrs. 68 a 76.

²⁴ [A/68/10](#), párr. 25. La Comisión pidió a los Estados «que, antes del 31 de enero de 2014, proporcionen información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones “actos oficiales”

remitieron contribuciones: Alemania, Austria, Cuba, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido, República Checa y Suiza²⁵. En 2016, hasta el momento de finalizar el presente informe, se han recibido contribuciones escritas de los siguientes Estados: Australia, Austria, España, Países Bajos, Paraguay, Perú y Suiza²⁶. Además, durante sus declaraciones en la Sexta Comisión, varios Estados se refirieron a las cuestiones contenidas en las preguntas que la CDI les había dirigido. La Relatora Especial desea agradecer muy especialmente a dichos Estados sus comentarios, que son de gran utilidad para los trabajos de la Comisión. Igualmente, se agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, y las observaciones formuladas en las intervenciones orales de los Estados en la Sexta Comisión, han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

9. Como ya se anunció en 2015, el presente informe está dedicado al análisis de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En el mismo se abordan, sucesivamente, el tratamiento que la Comisión ha dado a esta cuestión en los dos quinquenios en que se viene ocupando del tema (cap. I), el análisis de la práctica relevante (cap. II), algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relacionadas con los límites y excepciones (cap. III), y los supuestos de inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (cap. IV). Sobre la base de dicho estudio se propone un proyecto de artículo. El informe contiene también una referencia al plan de trabajo futuro (cap. V). Por último, con la finalidad de facilitar el tratamiento del presente informe por la Comisión, el mismo va acompañado de tres anexos dedicados a los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión (anexo I), a los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión ha tomado nota (anexo II) y a los proyectos de artículos propuestos en el presente informe (anexo III).

Capítulo I

Los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: introducción

A. Consideraciones generales

10. Como ya señaló la Relatora Especial, la cuestión relativa a los límites y las excepciones a la inmunidad debía ser abordada una vez finalizado el análisis de los

o “actos realizados a título oficial” en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado».

²⁵ A/69/10, párr. 28. La Comisión pidió a los Estados «que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre la legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones: a) el significado dado a las expresiones “actos oficiales” y “actos realizados a título oficial” en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de dichos funcionarios».

²⁶ A/70/10, párr. 29. La Comisión señaló que “agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica, en particular práctica judicial, en relación con los límites y las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Y ello por una razón evidente: solo cuando se hubiesen identificado los elementos básicos que permiten definir el régimen general aplicable en abstracto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, sería posible abordar la compleja cuestión de si dicho régimen general es susceptible de ser sometido a límites y excepciones. Además, se señaló que la cuestión relativa a los límites y excepciones a la inmunidad había de analizarse de modo global, y en paralelo, respecto de las dos categorías de inmunidad antes referidas.

11. La problemática de los límites y excepciones a la inmunidad ha sido considerada tradicionalmente desde la perspectiva de los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Y, por tanto, desde un sector de la doctrina y por parte de algunos Estados se ha puesto el énfasis en la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y el *ius cogens*, las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, los crímenes internacionales y la lucha contra la impunidad. Frente a ello, otro sector de la doctrina y algunos Estados se han centrado esencialmente en la atribución del acto del funcionario al Estado, poniendo énfasis en la calificación de la inmunidad del funcionario como una inmunidad del Estado. Junto a ello, la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad se ha abordado también desde un enfoque distinto basado esencialmente en el carácter representativo de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Sin embargo, también en relación con esta categoría de inmunidad, la existencia o no de límites y excepciones a la misma se ha vinculado de alguna forma con la naturaleza del acto realizado por estos funcionarios del Estado.

12. En el importante número de publicaciones sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios que han visto la luz en los últimos años se ha puesto de manifiesto cómo la problemática de los límites y excepciones constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad jurídica internacional²⁷. La misma preocupación se refleja en un conjunto de resoluciones aprobadas hasta la fecha por el Instituto de Derecho Internacional, que contienen referencias a los límites y excepciones a la

²⁷ Véanse, en particular: Annyssa Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Bruselas, Bruylant, 2011; Alvaro Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruselas, Bruylant, 2003; Jürgen Bröhmer, *State immunity and the violation of human rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997; Sophie Canadas-Blanc, *La responsabilité pénale des élus locaux*, París, Johanet, 1999; Micaela Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali*, Turín, Giappichelli, 2007; Michael J. Kelly, *Nowhere to hide. Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein*, Nueva York, Peter Lang, 2005; León Otshudi Okondjo Wonyangondo, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre l'humanité*, Publibook, 2009; Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State officials for International Crimes*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015; Yitiha Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2004; Rosanne Van Alebeek, *The immunity of States and their officials in international criminal law and international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruselas, Larcier, 2004. Entre las obras generales dedicadas a la inmunidad del Estado y de los funcionarios del Estado que se han ocupado del tema de los límites y excepciones, véanse Joanne Foakes, *The position of heads of State and senior officials in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Hazel Fox y Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3ª ed. rev. y act., Oxford, Oxford University Press, 2013.

inmunidad²⁸. Y lo mismo se puede decir de otras contribuciones indirectas de la doctrina a nuestro tema, entre las que cabe citar los Principios de Princeton sobre jurisdicción universal²⁹.

13. Sin embargo, esta preocupación por los límites y excepciones a la inmunidad no es exclusivamente teórica o doctrinal. Por el contrario, el debate generado en torno a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en los asuntos *Al-Adsani* y *Jones*³⁰, pone de manifiesto cómo la problemática de los límites y excepciones a las inmunidades soberanas presenta una importantísima vertiente práctica. Por otro lado, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*³¹ ha venido a situar en el primer plano del debate la estrecha relación existente entre la inmunidad y algunas categorías centrales del derecho internacional contemporáneo, en especial el *ius cogens*. Junto a ello, no puede olvidarse que los tribunales nacionales se han pronunciado igualmente sobre la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de un Estado extranjero en el ejercicio ordinario de sus funciones judiciales, algunas de las cuales han tenido un importante impacto social y mediático, así como una gran presencia en el debate y la literatura jurídicos. Sin duda, el caso *Pinochet*, en el que se vieron implicados tribunales españoles y británicos, puede considerarse como el punto de partida del actual debate sobre la cuestión de las inmunidades de los funcionarios del Estado y las excepciones a la misma. En relación con esta misma cuestión, dos recientes sentencias dictadas por tribunales nacionales han venido a añadir complejidad al problema. La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Constitucional de Italia de 22 de octubre de 2014 relativa a la aplicación en ese Estado de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*³². La segunda es la sentencia de febrero de ese mismo año dictada por el Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica en el caso de la solicitud de detención del presidente Al-Bashir en virtud de la orden dictada por la Corte Penal Internacional³³.

²⁸ Véanse las siguientes resoluciones: Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del jefe de Estado y de gobierno en derecho internacional, sesión de Vancouver, 2001 (arts. 11, párrs. 1.b y 3; y 13, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 69, París, Pedone, 2001); La jurisdicción universal en materia penal respecto del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, sesión de Cracovia, 2005 (art. 6) (*Annuaire*, vol. 71, t. II, París, Pedone 2005); La inmunidad de jurisdicción del Estado y sus agentes en el caso de los crímenes internacionales, sesión de Nápoles, 2009 (arts. II. 2 y 3, y III.1) (*Annuaire*, vol. 73, t. I y II, París, Pedone, 2009) ; y La jurisdicción universal civil en materia de reparación por crímenes internacionales, sesión de Tallin, 2015 (art. 5).

²⁹ Princeton Project on Universal Jurisdiction. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton (Nueva Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001. Véase, en especial, el principio 5, titulado “Inmunidades”.

³⁰ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, demanda núm. 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, sentencia de 2 de junio de 2014. Véanse también los párrafos 87 a 95 *infra*.

³¹ *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente)), fallo, C.I.J. *Recueil* 2012, pág. 99 (véase también C.I.J. *Resúmenes 2008-2012*, pág. 300). Véanse también los párrafos 61 a 86 *infra*.

³² Sentencia núm. 238/2014.

³³ Véase la sentencia recaída en el asunto *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern Africa Litigation Center and Others* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 de marzo de 2016). La citada sentencia es dictada en respuesta al recurso introducido por el Gobierno de Sudáfrica contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Sudáfrica

Por último, no puede olvidarse tampoco que el tema relativo a los límites y excepciones a la inmunidad se encuentra en el corazón de los más recientes desarrollos referidos a la jurisdicción penal internacional, de lo que constituyen un buen ejemplo diversas decisiones adoptadas en el marco de la Unión Africana y, en especial, la adopción del Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, por el que se crea una Sección de Derecho Internacional Penal en dicho tribunal³⁴.

14. Por consiguiente, todo trabajo de la Comisión sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado quedaría incompleto sin un tratamiento de los límites y excepciones aplicables a la misma. Dicho análisis no puede, sin embargo, limitarse únicamente al tema de la relación entre crímenes internacionales e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, con independencia de que dicha cuestión constituya, sin duda alguna, el aspecto central y más controvertido de esta problemática. Por el contrario, la práctica ofrece otros ejemplos que deben ser analizados igualmente bajo la perspectiva de los límites y excepciones a la inmunidad. Además, el presente informe debe tomar en consideración también una serie de cuestiones de alcance general sin las que el tratamiento de los límites y excepciones a la inmunidad estaría incompleto. El objetivo esencial del mismo es, pues, abordar de forma integral la problemática de los límites y excepciones a la inmunidad, partiendo de un análisis introductorio de los trabajos previos de la Comisión en los dos últimos quinquenios.

B. El tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

15. Los límites y excepciones a la inmunidad constituyen, sin duda, una de las cuestiones centrales a las que la Comisión debe dar respuesta en sus trabajos sobre el presente tema. Y es, sin duda, la que presenta una mayor sensibilidad política. No es de extrañar, por tanto, que la cuestión de los límites y excepciones se haya incluido en los distintos informes sometidos a la consideración de la Comisión y que el mismo haya sido objeto de debate continuado en su seno, hasta el punto de que algunos de sus miembros consideren que, en realidad, dicha cuestión constituye el objeto mismo, incluso el único objeto, del presente tema. La importancia atribuida a dicha cuestión se ha reflejado igualmente en las declaraciones de los Estados ante la Sexta Comisión, que se han venido refiriendo de forma constante a los límites y excepciones a la inmunidad en sus declaraciones formuladas con ocasión del examen anual del informe de la CDI, así como en las contribuciones escritas remitidas por los Estados en respuesta a las preguntas formuladas por la Comisión.

16. En efecto, ha de recordarse que el tema de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado fue objeto

(División de Gauteng, Pretoria) el 23 de junio de 2015, en el caso 27740/2015 *Southern Africa Litigation Center v Minister of Justice and Constitutional Development and Others*.

³⁴ Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (Malabo, 27 de junio de 2014), www.au.int/en/treaties. El Protocolo, conocido como Protocolo de Malabo, fue adoptado en la 23ª sesión ordinaria de la Asamblea de la Unión Africana. Hasta el momento no ha entrado en vigor.

de análisis pormenorizado en el Memorando de la Secretaría³⁵, así como en el segundo informe del antiguo Relator Especial, Sr. Kolodkin, que dedicó una sección al examen monográfico de las excepciones a la inmunidad³⁶. Sobre la base de dicho estudio, el Sr. Kolodkin concluyó la inexistencia en el derecho internacional contemporáneo de ninguna norma consuetudinaria (o tendencia hacia la formación de dicha norma) que permita afirmar la existencia de excepciones aplicables a la inmunidad, con la única excepción de la referida a los daños producidos directamente en el territorio del Estado del foro cuando el mismo no ha dado su consentimiento para la realización de tales actos o para la presencia del funcionario extranjero en su territorio³⁷. A ello añadió que tampoco era deseable que se definieran nuevos límites a la inmunidad, aunque fuera *de lege ferenda*, ya que ello podría generar distorsiones en la estabilidad de las relaciones internacionales, al tiempo que cuestionó su incidencia sobre la lucha contra la impunidad³⁸.

17. Por su parte, la Relatora Especial destacó en su informe preliminar la falta de consenso existente en el seno de la Comisión sobre la problemática de los límites y excepciones a la inmunidad, al tiempo que llamó la atención sobre la necesidad de analizar dicho tema a lo largo del presente quinquenio, con la finalidad de identificar qué lugar le podía corresponder a las excepciones a la inmunidad, en especial los crímenes internacionales, en la definición del régimen jurídico aplicable tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la inmunidad *ratione materiae*. Además, se destacó la necesidad de abordar dicha cuestión a la luz de los valores y principios jurídicos que se ven afectados por la inmunidad, tanto desde la perspectiva de los valores protegidos por la inmunidad (igualdad soberana del Estado, estabilidad de las relaciones internacionales) como desde la perspectiva de otros valores y principios jurídicos que se podrían ver afectados por el juego de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por último, en dicho informe se afirmó igualmente la necesidad de abordar el tema de la inmunidad —incluida la cuestión de las excepciones— desde la doble perspectiva de la *lex ferenda* y la *lex lata*, atendiendo así al doble mandato de la Comisión que incorpora tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional³⁹.

18. En sus siguientes informes, la Relatora Especial no ha abordado directamente el tema de los límites y excepciones a la inmunidad, si bien en los tres informes sometidos a la consideración de la Comisión en 2013, 2014 y 2015 ha formulado una reserva respecto del tratamiento ulterior de esta cuestión. De conformidad con la misma, ninguno de los análisis contenidos en dichos informes y ninguno de los proyectos de artículo incluidos en los mismos pueden entenderse como un pronunciamiento sobre la existencia o no de excepciones a la inmunidad⁴⁰. Por otro lado, ha de recordarse que en el cuarto informe se ha analizado indirectamente la problemática de los límites y excepciones a la inmunidad con ocasión del estudio del

³⁵ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento [A/CN.4/596](#), párrs. 67 a 87, 141 a 153 y 180 a 212.

³⁶ Documento [A/CN.4/631](#), párrs. 31 a 61.

³⁷ *Ibid.*, párr. 90.

³⁸ *Ibid.*, párrs. 91 y 92.

³⁹ Documento [A/CN.4/654](#), párrs. 68 y 72. Véanse también los párrafos 21, 34 y 45.

⁴⁰ Documento [A/CN.4/661](#), párrs. 18, 55 y 73; documento [A/CN.4/673](#), párr. 15; y documento [A/CN.4/686](#), párrs. 20 y 133.

concepto de “acto realizado a título oficial”, al tiempo que se adelantaron ya algunos de los elementos que son objeto de desarrollo detenido en el presente informe⁴¹.

19. El conjunto de trabajos que se acaban de señalar constituyen el marco en el que se ha venido desarrollando hasta la fecha el debate sobre los límites y excepciones a la inmunidad en el seno de la Comisión. Aunque dicha cuestión se abordará nuevamente, esta vez de forma monográfica, durante el presente período de sesiones con ocasión del examen de este quinto informe, es útil en este momento recordar los temas y argumentos que sobre esta cuestión se han suscitado por los miembros de la Comisión hasta la fecha. Dichos argumentos pueden ser resumidos de la siguiente forma:

a) Aunque algunos miembros de la Comisión se han manifestado a favor de la inexistencia de excepciones a la inmunidad, se trata de una posición minoritaria⁴². Por el contrario, un número importante de miembros ha reconocido la existencia de supuestos en los que no es posible la aplicación de la inmunidad, aunque dichas posiciones no son absolutamente coincidentes en todos sus elementos⁴³.

b) La comisión de crímenes internacionales es considerado el principal supuesto en que la inmunidad no será aplicable. Junto al mismo, otros ejemplos de excepciones o límites han sido mencionados por los miembros de la Comisión, entre los que cabe destacar los actos *ultra vires*, los actos *iuri gestionis*, el ejercicio de funciones con apariencia de oficialidad pero en beneficio exclusivo del funcionario del Estado (en especial los actos de corrupción y apropiación indebida de fondos del Estado) y los supuestos en que el acto del funcionario produce daños en las personas o los bienes en el territorio del Estado del foro, habitualmente denominada “excepción territorial” (*tort exception* en inglés)⁴⁴.

c) La calificación de un comportamiento como contrario al *ius cogens* ha sido afirmado por algunos miembros de la Comisión como fundamento de los límites y excepciones a la inmunidad. Sin embargo, dicho argumento no ha sido expresado como un criterio autónomo y absoluto, sino en relación con la lucha contra la impunidad por crímenes internacionales, con las violaciones graves de derechos humanos y con la protección de los valores fundamentales del derecho internacional contemporáneo⁴⁵.

d) Los crímenes internacionales han sido identificados mayoritariamente con el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión⁴⁶. Algún miembro de la Comisión se ha referido simplemente a los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal

⁴¹ Documento A/CN.4/686, párrs. 121 a 126 y 137 a 138.

⁴² Véase A/CN.4/SR.3145. Téngase en cuenta que se citan las actas resumidas de la Comisión donde se hace referencia a los temas que se mencionan en el texto. El mismo modelo se ha empleado en las siguientes notas.

⁴³ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, sesiones 2983^a a 2985^a y 2987^a; véanse también A/CN.4/SR.3086 a A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3113 a A/CN.4/SR.3115, A/CN.4/SR.3143 a A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3164 a A/CN.4/SR.3168, A/CN.4/SR.3217, A/CN.4/SR.3219 y A/CN.4/SR.3220, A/CN.4/SR.3273 y A/CN.4/SR.3275.

⁴⁴ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, sesiones 2983^a a 2985^a; véanse también A/CN.4/SR.3086 a A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3115, A/CN.4/SR.3144 y A/CN.4/SR.3145, A/CN.4/SR.3167 y A/CN.4/SR.3275.

⁴⁵ Véanse A/CN.4/SR.3086 a A/CN.4/SR.3088 y A/CN.4/SR.3145.

⁴⁶ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, 2984^a sesión; véanse también A/CN.4/SR.3087 y A/CN.4/SR.3088, A/CN.4/SR.3145 y A/CN.4/SR.3275.

Internacional⁴⁷ como criterio identificador de los crímenes generalmente aceptados por la comunidad internacional⁴⁸.

e) Los crímenes internacionales han sido calificados por algunos miembros de la Comisión como excepciones a la inmunidad⁴⁹, mientras que para otros son comportamientos que en ningún caso pueden ser cometidos como parte de las funciones del Estado y, por tanto, ni siquiera pueden ser considerados como actos realizados a título oficial⁵⁰. En ambos casos, sin embargo, cuando los miembros de la Comisión han formulado estos argumentos lo han hecho con la finalidad de excluir la aplicación de las reglas relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

f) Con algunas excepciones, la mayoría de los miembros de la Comisión que han expresado su opinión sobre el tema han afirmado que las excepciones a la inmunidad no se aplican a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores) durante el período en que están en ejercicio de su mandato. Sin embargo, sí se les aplicarán cuando hayan terminado su mandato⁵¹.

g) Un amplio número de miembros de la Comisión ha sostenido que la inmunidad *ratione materiae* sí está sometida a las excepciones y límites antes mencionados⁵².

h) Algunos miembros de la Comisión han afirmado que no existe ninguna norma de derecho internacional relativa a las excepciones a la inmunidad y que la práctica internacional es reducida y no uniforme. Por tanto, la CDI o bien no puede tener en cuenta las excepciones o ha de abordarlas de modo prudente y cauteloso⁵³.

i) Por el contrario, quienes se han manifestado a favor de la existencia de excepciones y límites consideran que o bien es posible identificar la existencia de normas a favor de las excepciones o bien, aunque sea discutible que la misma exista a nivel consuetudinario, resulta posible identificar una tendencia clara y creciente a favor de las excepciones a la inmunidad, en particular en el caso de los crímenes internacionales⁵⁴. Junto a ello han señalado que el carácter no coherente y concluyente de la práctica no se puede considerar en el único sentido de excluir las excepciones a la inmunidad. En consecuencia, la Comisión puede ocuparse de las mismas en el ejercicio de su mandato, que incluye tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional. En este sentido, algunos miembros de la Comisión han llamado la atención sobre el hecho de que es precisamente la inexistencia de una práctica coherente y concluyente lo que permite a la Comisión

⁴⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 308.

⁴⁸ Véanse [A/CN.4/SR.3087](#), [A/CN.4/SR.3145](#) y [A/CN.4/SR.3164](#).

⁴⁹ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, sesiones 2983^a y 2984^a; véanse también [A/CN.4/SR.3086](#) a [A/CN.4/SR.3088](#), [A/CN.4/SR.3115](#), [A/CN.4/SR.3144](#) y [A/CN.4/SR.3145](#).

⁵⁰ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, 2985^a sesión; véanse también [A/CN.4/SR.3274](#) y [A/CN.4/SR.3275](#).

⁵¹ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, sesiones 2983^a y 2984^a; véanse también [A/CN.4/SR.3087](#), [A/CN.4/SR.3088](#), [A/CN.4/SR.3113](#), [A/CN.4/SR.3143](#), [A/CN.4/SR.3144](#) y [A/CN.4/SR.3145](#).

⁵² Véanse [A/CN.4/SR.3086](#) a [A/CN.4/SR.3088](#), [A/CN.4/SR.3144](#) y [A/CN.4/SR.3145](#), [A/CN.4/SR.3167](#), [A/CN.4/SR.3219](#) y [A/CN.4/SR.3275](#).

⁵³ Véanse [A/CN.4/SR.3086](#), [A/CN.4/SR.3143](#) y [A/CN.4/SR.3144](#) y [A/CN.4/SR.3167](#).

⁵⁴ Véanse [A/CN.4/SR.3086](#) y [A/CN.4/SR.3087](#), [A/CN.4/SR.3143](#) a [A/CN.4/SR.3145](#), [A/CN.4/SR.3165](#) y [A/CN.4/SR.3274](#).

realizar una opción a favor de la inclusión de las excepciones, en especial a los efectos de asegurar la coherencia del proyecto de artículos con otras normas y principios jurídicos consagrados por el derecho internacional contemporáneo, que debe ser entendido como un conjunto normativo⁵⁵.

j) Con carácter general, los miembros de la Comisión han reconocido la necesidad de preservar los logros alcanzados durante las últimas décadas en el derecho internacional penal, en especial respecto de la consolidación de la lucha contra la impunidad como un objetivo de la comunidad internacional. Sin embargo, los miembros de la Comisión han sacado conclusiones diversas a partir de esta afirmación. Así, algunos han puesto el énfasis en el hecho de que impunidad e inmunidad son categorías distintas y que la inmunidad tiene una naturaleza exclusivamente procesal y no sustantiva, para concluir que la inexistencia de excepciones en nada afecta a la lucha contra la impunidad. Otros, por el contrario, han destacado que —en determinadas circunstancias— la inmunidad puede tener connotaciones o consecuencias sustantivas que tendrán como resultado la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal individual. En ese marco, la definición de excepciones o límites a la inmunidad constituye una exigencia irrenunciable para asegurar que la inmunidad no se convierta en una forma de impunidad⁵⁶.

k) Por último, ha de destacarse que algunos miembros de la Comisión que se han expresado a favor de la existencia de excepciones han recordado la necesidad de que las mismas vayan acompañadas del reconocimiento de garantías procesales que eviten un uso indebido de las mismas⁵⁷.

20. Junto a este debate interno, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, al analizar los trabajos de la Comisión sobre este tema, los Estados se han referido ampliamente a la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, tanto en el marco de los debates celebrados en la Sexta Comisión como a través de las contribuciones escritas emitidas en respuesta a las preguntas formuladas por la CDI. Un análisis de las posiciones mantenidas por los Estados permite formular las siguientes conclusiones:

a) Los Estados atribuyen una gran importancia a las cuestiones relacionadas con las excepciones y los límites a la inmunidad, a las que se han referido de forma continuada desde que en 2008 se celebró el primer debate sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁵⁸. Además, un cierto

⁵⁵ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, 2984ª sesión; véanse también [A/CN.4/SR.3087](#) y [A/CN.4/SR.3088](#), [A/CN.4/SR.3115](#) y [A/CN.4/SR.3167](#).

⁵⁶ Véase *Anuario... 2008*, vol. I, sesiones 2984ª, 2985ª y 2987ª; véanse también [A/CN.4/SR.3145](#), [A/CN.4/SR.3165](#), [A/CN.4/SR.3217](#) y [A/CN.4/SR.3275](#).

⁵⁷ Véanse [A/CN.4/SR.3168](#) y [A/CN.4/SR.3275](#).

⁵⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, Alemania, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18)*, *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24)*, *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/66/SR.24)*; Argelia, *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/67/SR.24)*; Austria, *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17)*, *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23)*, *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26)*, *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20)*, *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones,*

Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); Belarús, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Bélgica, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26); Canadá *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Chile, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); China, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Croacia, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); Dinamarca, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22); Eslovenia, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); España, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Estados Unidos, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25); Etiopía, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 12ª sesión (A/C.6/69/SR.12); Federación de Rusia, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/63/SR.25), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Francia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/66/SR.20), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Grecia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); Hungría, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/66/SR.19); India, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); Indonesia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/66/SR.24), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); Irán (República Islámica del), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 12ª sesión (A/C.6/69/SR.12) y 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25); Irlanda, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Israel, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); Italia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); Japón, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25); Malasia, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); México, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/66/SR.18); Noruega, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/70/SR.23); Nueva Zelandia, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión

número de Estados han llamado la atención sobre la necesidad de abordar dicha cuestión con cautela⁵⁹ poniendo algunas delegaciones el énfasis en la necesidad de abordar en primer lugar el derecho existente (*lex lata*) para ocuparse después de propuestas de desarrollo progresivo (*lex ferenda*), si bien ha de señalarse igualmente que no hay una clara coincidencia en las opiniones expresadas por los Estados sobre

(A/C.6/63/SR.24), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Países Bajos, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/63/SR.22), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Perú, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Polonia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Portugal, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24); Reino Unido, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); República Checa, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); República de Corea, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); República del Congo, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Singapur, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Sri Lanka, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Sudáfrica, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Sudán, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/63/SR.25); Suiza, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Tailandia, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24), Viet Nam, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25).

⁵⁹ China, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Cuba, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); El Salvador, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23); Federación de Rusia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Israel, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25); Perú, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26); República de Corea, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Rumania, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); Viet Nam, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25).

qué cuestiones referidas a las excepciones se incluirían en cada una de ambas categorías⁶⁰.

b) Las excepciones a la inmunidad han sido abordadas por los Estados desde dos perspectivas diferentes, a saber: su incidencia en la finalidad perseguida por las inmunidades, por un lado, y su relación con la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales, por otro⁶¹.

c) Conforme al primero de los planteamientos, algunos Estados han advertido del perjuicio que el reconocimiento de algún tipo de excepción puede tener sobre el ejercicio de las funciones propias del Estado, el riesgo de presentación de demandas políticamente motivadas y el daño que la limitación de la inmunidad puede tener sobre la estabilidad de las relaciones interestatales⁶².

d) Desde la segunda de las aproximaciones, otros Estados han llamado la atención sobre la necesidad de tomar en cuenta los desarrollos que se han producido en el derecho internacional penal en las últimas décadas, así como sobre la necesidad de que la Comisión aborde el tema de las inmunidades en general, y de las excepciones en particular, de forma coherente con el resto de las normas y principios vigentes en el derecho internacional contemporáneo. Dichos Estados han señalado, en especial, la necesidad de que el tratamiento dado a las excepciones no

⁶⁰ Austria, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), Belarús, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Federación de Rusia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Francia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/66/SR.20); Irán (República Islámica del), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); México, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/66/SR.18).

⁶¹ Chile, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22); Indonesia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/66/SR.24); Jamaica, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24); Japón, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23); México, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/66/SR.18); Noruega, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/70/SR.23); Nueva Zelandia, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Portugal, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); República de Corea, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Sudáfrica, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Tailandia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19).

⁶² Argelia, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); China, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Nueva Zelandia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Cuba, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27).

perjudique los avances logrados en el derecho internacional penal, incluidos los que se han producido en el proceso de creación y establecimiento de los tribunales penales internacionales⁶³. Para estos Estados, los crímenes internacionales deben ser considerados, *prima facie*, como excepciones a la inmunidad⁶⁴.

e) Salvo alguna excepción, los Estados han sostenido el carácter pleno o absoluto de la inmunidad *ratione personae* de la que se benefician el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, que no estaría sometida a excepción alguna —incluidos los crímenes internacionales— mientras que los mandatarios antes mencionados se encontrasen en el ejercicio de sus funciones⁶⁵.

⁶³ Eslovenia, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24), Noruega (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20).

⁶⁴ República de Corea, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Canadá, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Japón, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Noruega (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26); Países Bajos, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Polonia, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); República del Congo, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21).

⁶⁵ Alemania, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Austria, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Belarús, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Chile, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); China, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión Eslovenia (A/C.6/67/SR.22); España, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Estados Unidos, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/69/SR.24); Grecia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Hungría, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/66/SR.19); Indonesia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/66/SR.24); Irlanda, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Jamaica, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24) *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Malasia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19ª sesión (A/C.6/68/SR.19); Países Bajos, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Perú, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); República Checa, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24); República de Corea, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/69/SR.25); República del Congo, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Sri Lanka, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Suiza, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24). En contra del carácter absoluto de la

f) Sin embargo, un número importante de Estados se han expresado a favor de la existencia de diversas excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Dicha excepción se ha concretado esencialmente en la comisión de los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁶⁶, aunque algunos Estados se han referido a otras excepciones a la inmunidad tales como los actos de sabotaje, espionaje u otros daños producidos por el funcionario del Estado extranjero en el territorio del Estado del foro⁶⁷.

g) Al referirse a los crímenes internacionales, los Estados han mencionado en especial el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, la tortura y las desapariciones forzadas⁶⁸.

inmunidad *ratione personae* parecen manifestarse: Portugal, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/63/SR.25), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27); Italia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/66/SR.26), y México, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/66/SR.18).

⁶⁶ Austria, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Canadá, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Chile, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Croacia, *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22); Eslovenia, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Grecia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Noruega (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/67/SR.27), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/70/SR.23); Nueva Zelandia, *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 27ª sesión (A/C.6/66/SR.27), *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/67/SR.22); Países Bajos *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Perú, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21); Polonia, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), República Checa, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/63/SR.24), República del Congo, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21). En contra de la consideración como excepciones de los crímenes internacionales: China, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21).

⁶⁷ Austria, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23); Irán (República Islámica del), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 25ª sesión (A/C.6/70/SR.25).

⁶⁸ China, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión (A/C.6/69/SR.22); Grecia, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); Portugal, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17ª sesión (A/C.6/68/SR.17); Reino Unido, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23), *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 24ª sesión (A/C.6/70/SR.24); República Checa, *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/69/SR.23); Sudáfrica, *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 18ª sesión (A/C.6/68/SR.18); República de Corea, *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23ª sesión (A/C.6/63/SR.23).

h) La comisión de crímenes internacionales ha sido considerada por algunos Estados como una excepción ya consolidada en el derecho internacional contemporáneo, mientras que otros han mantenido que la misma refleja una tendencia creciente que no puede ser ignorada por la Comisión en sus trabajos⁶⁹.

i) Por último, ha de destacarse que los Estados se refieren mayoritariamente a las “excepciones a la inmunidad”, empleando la expresión “límites” o “limitaciones” de manera residual.

21. Estos antecedentes en el tratamiento del tema de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado han sido tenidos en cuenta por la Relatora Especial al redactar el presente informe.

Capítulo II

Estudio de la práctica

22. Como ya se ha señalado en los anteriores informes presentados por la Relatora Especial, el estudio de la práctica constituye una base irrenunciable de su trabajo. Siguiendo este postulado metodológico, se analizan en las siguientes páginas la práctica convencional (secc. A), la práctica legislativa de los Estados (secc. B), la práctica judicial internacional (secc. C) y nacional (secc. D), y otros trabajos previos de la Comisión relevantes para el presente informe (secc. E).

A. Práctica convencional

23. Las distintas convenciones que se han venido analizando en anteriores informes incluyen también disposiciones que pueden resultar relevantes para el tema de los límites y las excepciones. Sin embargo, como observación general, ha de advertirse que ninguna de ellas emplea dicha terminología. Por el contrario, abordan la cuestión desde una perspectiva más general y pragmática, refiriéndose a los supuestos en los que dicha convención, o alguna de sus disposiciones, no se aplica.

24. Comenzando por las convenciones que regulan de modo directo o indirecto la inmunidad, ha de destacarse que aquellas dedicadas a regular el ejercicio de la función diplomática no contienen disposiciones que contemplen alguna forma de excepción o límite a la inmunidad en el plano penal. Por el contrario, la inmunidad penal de las personas a las que se reconoce inmunidad se entiende en términos absolutos mientras que la persona se encuentra en el ejercicio de su mandato. Así lo establecen el artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁷⁰, el artículo 31, párr. 1, de la Convención sobre las Misiones Especiales⁷¹ y los artículos 30, párr. 1, y 60, párr. 1, de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones

⁶⁹ Canadá, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Grecia, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20ª sesión (A/C.6/67/SR.20); Portugal, *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21ª sesión (A/C.6/67/SR.21).

⁷⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 162.

⁷¹ Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969). *Ibid.*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 297.

Internacionales de Carácter Universal⁷². Por otro lado, merece la pena señalar que las disposiciones que se han mencionado diseñan principalmente un modelo de inmunidad *ratione personae* y que la inmunidad se extiende, por ello, tanto a los actos realizados a título oficial como a los actos realizados a título privado. En el caso de las dos primeras convenciones, sin embargo, el Estado del foro dispone de un mecanismo alternativo que podrá utilizar para responder a los supuestos en que un individuo que se beneficia de la inmunidad haya cometido o cometa un delito, a saber: la calificación de la persona en cuestión como “persona *non grata*” o “no aceptable” y la consiguiente obligación de que dicha persona abandone el territorio nacional⁷³. En todo caso, debe recordarse que la citada inmunidad presenta una limitación temporal y que tras el término de funciones, la misma deja de ser absoluta, aplicándose únicamente a los actos realizados a título oficial⁷⁴. Sin embargo, estas convenciones tampoco definen excepciones aplicables a esta inmunidad residual *ratione materiae* cuando la misma se refiera a la jurisdicción penal.

25. Por su parte, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁷⁵ sigue un enfoque distinto, ya que el régimen de inmunidades responde a un modelo de inmunidad *ratione materiae* vinculada a los actos propios de la función consular y que opera también frente a la jurisdicción penal⁷⁶, ante la que el funcionario consular y el resto de los miembros de la oficina consular no gozan de inmunidad absoluta sino limitada a los actos realizados a título oficial⁷⁷. Por último, ha de destacarse que la Convención establece en su artículo 43, párr. 2, apdo. *b*, una suerte de “excepción territorial”.

26. Para terminar con el examen de las convenciones que regulan la inmunidad, ha de recordarse que, a los efectos del presente informe, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes⁷⁸ resulta en principio menos relevante que las anteriores, en la medida en que se refiere a la inmunidad de jurisdicción del Estado y no a la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. A ello ha de añadirse que no se aplica a la inmunidad de jurisdicción penal. Sin embargo, esta Convención reviste interés por otras razones distintas. En primer lugar, desde un punto de vista metodológico, ha de destacarse que la Convención no distingue entre límites y excepciones a la inmunidad, regulando dichos supuestos bajo la denominación común de “procesos

⁷² Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975). Naciones Unidas, *Anuario jurídico* 1975 (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.

⁷³ Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 9, párr. 1; y Convención sobre las Misiones Especiales, art. 12.

⁷⁴ Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 39, párr. 2; Convención sobre las Misiones Especiales, art. 43, párr. 2; y Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 38, párr. 2.

⁷⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 392.

⁷⁶ Véase Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 43 y 53, párr.4.

⁷⁷ En relación con el ejercicio de la jurisdicción penal, véanse los artículos 41, 42 y 63 de la Convención.

⁷⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004). *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49 (A/59/49)*, vol. I, resolución 59/38, anexo.

en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer”⁷⁹. En segundo lugar, incorpora entre dichos supuestos la denominada “excepción territorial”. Y, por último, no recoge ninguna excepción o límite basado en la violación de normas de *ius cogens*.

27. En efecto, el artículo 12 de la Convención (Lesiones a las personas y daños a los bienes) establece que

[s]alvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraban en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

28. Este precepto encuentra sus antecedentes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁸⁰ y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal⁸¹. Y ha sido contemplada igualmente en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados⁸², cuyo artículo 11 establece que

[u]n Estado contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante cuando el procedimiento se refiera a la reparación de un perjuicio corporal o material resultante de un hecho que se produjo en el territorio del Estado del foro, y cuando el autor del daño estaba presente en el mismo en el momento en que dicho hecho se produjo.

29. El artículo 12 de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes reproduce de forma casi literal el proyecto de artículo aprobado en su día por la Comisión⁸³. A juicio de la Comisión, la regla antes mencionada constituye una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado⁸⁴ que se justifica por la aplicación del principio de competencia *lex loci delicti commissi* y el carácter predominante que juega en este caso el elemento territorial⁸⁵. Junto a ello, la excepción obedece a la necesidad de garantizar el acceso de los particulares afectados a un recurso, lo que probablemente no se lograría si se

⁷⁹ Véase la parte III de la Convención, arts. 10 a 17. Los supuestos a que se refiere dicha parte responden tanto a la categoría de límite como de excepción a la inmunidad.

⁸⁰ El artículo 43, párr. 2, apdo. b, de la Convención establece una excepción respecto de la inmunidad de jurisdicción civil cuando el proceso “sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o aviación, ocurrido en el Estado receptor”.

⁸¹ El artículo 60, párr. 4, referido a los miembros de delegaciones ante conferencias internacionales, declara que “[n]ada de lo dispuesto en el presente artículo eximirá a dichas personas, en la jurisdicción civil y administrativa del Estado huésped [sic] en relación con una acción por daños resultantes de un accidente ocasionado por un vehículo, buque o aeronave utilizado por las personas de que se trate o de su propiedad, siempre que esos daños no puedan ser reparados mediante un seguro”.

⁸² Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1495, núm. 25699, pág. 181.

⁸³ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 47.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 1 del comentario.

⁸⁵ *Ibid.*, págs. 48 y 49, párrs. 2, 6 y 8 del comentario.

aplicase la inmunidad⁸⁶. Por último, ha de destacarse que si bien la “excepción territorial” establecida en la Convención se concibe para ser aplicada ante la jurisdicción civil, la Comisión señala en sus comentarios que también podría utilizarse en relación con reclamaciones relacionadas con “los daños corporales o daños materiales de carácter intencional, como las agresiones o lesiones voluntarias, los daños intencionales a los bienes, el incendio criminal o incluso el homicidio o el asesinato político”⁸⁷. Si, además, se tiene en cuenta que la Comisión consideró que las palabras “autor del acto” “deben entenderse referidas a agentes o funcionarios del Estado que ejerzan sus funciones oficiales y no meramente al Estado mismo como persona jurídica”⁸⁸, no cabe excluir que una excepción de estas características pueda jugar algún papel en el marco de la inmunidad de jurisdicción penal.

30. La posibilidad de incorporar en la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes una excepción vinculada con la violación de normas de *ius cogens* no se suscitó sino muy tardíamente, al final del proceso de negociación de la citada Convención, con ocasión de la consulta dirigida por la Asamblea General a la Comisión para que revisase algunas cuestiones que habían quedado pendientes en dicho proceso, al tiempo que le solicitaba que aportase elementos nuevos que hubiesen surgido en la práctica tras aprobar su proyecto de artículos en 1991. La Comisión constituyó para ello un Grupo de Trabajo que, en un apéndice a su informe, llamó la atención de la Asamblea General sobre el argumento —que cada vez se aduce con más frecuencia— de que debe denegarse la inmunidad en los casos de muerte o lesiones personales causadas por actos del Estado en violación de las normas de derechos humanos que tienen carácter de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura⁸⁹.

31. La Comisión fundó su comentario en la práctica judicial que se había producido en los años anteriores, en especial en relación con el caso *Pinochet*, concluyendo que dichos hechos “constituyen una evolución reciente en materia de inmunidad que no cabe pasar por alto”⁹⁰. Aunque la cuestión fue debatida en el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión encargado de las negociaciones finales de la futura Convención, la excepción no fue incorporada en esta por considerar que “aunque [el tema] revestía interés actual, no cabía exactamente” en el proyecto de Convención y que “[a]demás no parecía haber madurado en medida suficiente como para que el Grupo de Trabajo iniciara la labor de codificación a su respecto”⁹¹. No obstante, algunos Estados han formulado declaraciones en el momento de ratificar la Convención con la finalidad de dejar a salvo la protección internacional de los derechos humanos en relación con la misma⁹². En todo caso, el debate sobre esta

⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 3 y 9 del comentario. La Comisión afirmó literalmente que, en este caso, “[s]i el Estado tuviese derecho a invocar su inmunidad jurisdiccional, la persona lesionada se vería privada de la posibilidad de acudir a la justicia” (párr. 3).

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 48, párr. 4 del comentario.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 49, párr. 10 del comentario.

⁸⁹ *Anuario...* 1999, vol. II (segunda parte), pág. 182, párr. 3 del apéndice al informe del Grupo de Trabajo.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 13.

⁹¹ Véase [A/C.6/54/L.12](#), párr. 46.

⁹² En este sentido, Finlandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza entienden que la actual regulación de la Convención se realiza “sin perjuicio de futuros desarrollos del derecho internacional relativos a la protección de los derechos humanos”. Por su parte, Italia ha declarado que la interpretación de la Convención debe hacerse “de conformidad con los

excepción sigue abierto hasta la fecha, habiendo alcanzado una especial intensidad a raíz del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*.

32. Junto a estas convenciones que se refieren directamente a la inmunidad, resultan igualmente de interés un conjunto de tratados que se insertan en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal, que contienen disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual que son relevantes a los efectos del presente informe. En este grupo se sitúan la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁹³, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*⁹⁴, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹⁵, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁹⁶, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁹⁷, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁹⁸.

33. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio define la irrelevancia del cargo oficial de forma indirecta al declarar en su artículo IV que “[l]as personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* considera “criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, [a] los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetrán los actos como en cualquier otro Estado” (art. III). Por el contrario, las restantes convenciones no contienen disposiciones similares, limitándose la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas a mencionar “[a] toda persona” cuando enumera a aquellas que serán responsables por dicho crimen (art. 6, párr. 1, apdo. a). A pesar de ello, tanto la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas incluyen a los “funcionarios del Estado” en la definición del crimen⁹⁹, por lo que se ha de concluir que los mismos pueden resultar

principios relativos a la protección de los derechos humanos frente a violaciones graves” (TREATIES III-13).

⁹³ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

⁹⁴ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243.

⁹⁵ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

⁹⁶ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006). [A/RES/61/177](#).

⁹⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985). OEA, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

⁹⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994). OEA, *Documentos oficiales*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).

⁹⁹ Véanse Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2. Para una análisis más amplio de esta cuestión, véase documento [A/CN.4/673](#), párrs. 79 a 84.

penalmente responsables por dichos actos aun cuando hayan actuado a título oficial. Por consiguiente, en una primera aproximación y a reserva de lo que luego se señalará, las citadas convenciones ofrecen una base para concluir que la comisión de un crimen de genocidio, *apartheid*, tortura o desaparición forzada puede constituir *prima facie* una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal.

34. No obstante, esta conclusión solo se podrá sostener con base en las citadas convenciones cuando el Estado parte tenga la obligación expresa de ejercer su jurisdicción penal para enjuiciar a las personas que se presuman autores de los citados crímenes con independencia de la nacionalidad de las mismas. A este respecto, ha de destacarse que todas estas convenciones, a excepción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*¹⁰⁰, incluyen disposiciones que obligan a los Estados partes a establecer la jurisdicción cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción¹⁰¹ y cuando el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que proceda a su extradición o entrega a otro Estado o a una jurisdicción penal internacional competente¹⁰².

35. Por último, ha de tenerse en cuenta que los crímenes de genocidio¹⁰³, desapariciones forzadas¹⁰⁴ y *apartheid*¹⁰⁵ han sido declarados como crímenes internacionales o de derecho internacional por las Convenciones antes analizadas, y que la tortura ha sido igualmente declarada como “una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los

¹⁰⁰ La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece en su artículo VI que las personas acusadas de dicho crimen “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. En un sentido similar, el artículo V de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* establece que las personas acusadas de la comisión de dicho crimen “podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”.

¹⁰¹ Véanse Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 5, párr. 1, apdo. a; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párr. 1, apdo. a; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. IV, primer párrafo, apdo. a; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12, párrafo segundo.

¹⁰² Véanse Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 5, párr. 2; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párr. 2; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. IV, primer párrafo, apdo. a; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12, párrafo primero, apdo. a.

¹⁰³ Véase Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. I y párrafo primero del preámbulo.

¹⁰⁴ La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece en su artículo 5 que “[l]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”. Véase, en un sentido similar, el párrafo sexto del preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

¹⁰⁵ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I, párr. 1.

Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas [así como una violación] de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹⁰⁶, lo que es relevante para identificar qué ha de entenderse como crímenes internacionales a los efectos de las excepciones a que se refiere el presente informe.

36. En un plano paralelo se sitúa el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, que recoge expresamente la irrelevancia del cargo oficial a los efectos de la determinación de la responsabilidad penal individual (art. 27, párr. 1), la inoponibilidad frente a la Corte de las inmunidades de derecho interno e internacional (art. 27, párr. 2), así como el principio general de la irrelevancia del cumplimiento de órdenes procedentes del gobierno o de superiores a los efectos de determinar la responsabilidad penal individual (art. 33). Las reglas citadas tienen como objeto evitar los supuestos en que la responsabilidad del individuo pudiese ser eludida como consecuencia de su especial relación con el Estado, a fin de asegurar que no se mantienen resquicios para el juego de la impunidad de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Este acento que el Estatuto de Roma pone en el carácter absoluto de los crímenes internacionales para definir la responsabilidad penal individual de cualquier persona y la consiguiente declaración de la inoponibilidad de las inmunidades no puede ser ignorado en el presente informe. Sin embargo, las citadas disposiciones y su incidencia sobre las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado serán analizadas con más detalle en el capítulo III, secc. B, *infra*.

37. Por último, ha de destacarse que los instrumentos relativos a la corrupción contemplan la posibilidad de que los actos de corrupción sean cometidos por funcionarios de un Estado extranjero¹⁰⁷, lo que —sin duda— podrá dar lugar a una alegación de inmunidad de jurisdicción penal extranjera cuando los tribunales de un Estado pretendan ejercer su jurisdicción respecto de aquellos. Sin embargo, las citadas convenciones no contienen disposiciones de alcance general que se refieran a dicha inmunidad, con la única excepción de ciertas disposiciones incluidas en el Convenio Penal sobre la Corrupción¹⁰⁸ del Consejo de Europa, en la Convención de

¹⁰⁶ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, párrafo segundo del preámbulo. Una referencia a la prohibición de la tortura en la Declaración Universal de Derechos Humanos se contiene en el preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁰⁷ Véanse, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 16 y 17; el Convenio Penal sobre la Corrupción, arts. 5 y 6; y la Convención Interamericana contra la Corrupción [(Caracas, 29 de marzo de 1996). E/1996/99], art. VIII. En todas estas disposiciones se hace referencia expresa a la participación en el acto de corrupción de un funcionario del Estado extranjero. La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción no se refiere específicamente a los funcionarios extranjeros. Sin embargo, la amplia definición de “funcionario público” que se contiene en el artículo 1, junto a las previsiones del artículo 13 respecto del establecimiento de jurisdicción nacional para enjuiciar actos de corrupción, permite concluir que la Convención también se puede aplicar respecto de funcionarios extranjeros y que, por tanto, también se podrá suscitar ante los tribunales de los Estados partes la cuestión de la inmunidad.

¹⁰⁸ Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2216, núm. 39391, pág. 225. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182, 28 de julio de 2010.

las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁰⁹, y en la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción¹¹⁰, que incluyen sendas disposiciones referidas a la inmunidad, aunque con enfoques y efectos claramente diferentes por lo que se refiere a los límites y excepciones.

38. El Convenio Penal sobre la Corrupción establece lo siguiente en su artículo 16 (Inmunidad):

Lo dispuesto en el presente Convenio no afectará a las disposiciones de cualquier tratado, protocolo o estatuto, así como de sus textos de aplicación, en lo que se refiere al levantamiento de la inmunidad.

A pesar de su redacción poco clara, el informe explicativo que acompaña al Convenio señala que la citada disposición ha de entenderse en el sentido de que “[l]a convención reconoce la obligación de cada una de las instituciones concernidas de dar efecto a las disposiciones que rigen los privilegios e inmunidades”, incluidas las contenidas en “el derecho internacional consuetudinario aplicable en este ámbito”¹¹¹.

39. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 30, párr. 2, que

[c]ada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Aunque la Convención se refiere a las inmunidades de derecho interno que protegen a los funcionarios nacionales, es de destacar la incorporación en la misma del concepto de “equilibrio apropiado”, que puede ser relevante también a los efectos de definir el régimen de límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

40. En un sentido similar, aunque con una redacción más contundente, parece enfocar el tema la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, que se refiere a las inmunidades en los siguientes términos (art. 7, párr. 5):

Con sujeción a las disposiciones de la legislación nacional, la inmunidad otorgada a un funcionario público no será un obstáculo a la investigación y la persecución de tales funcionarios.

41. Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, por el que establece una Sección de Derecho Penal

¹⁰⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146, pág. 41.

¹¹⁰ Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003). *International Legal Materials* (ILM), vol. XLIII (2004), pág. 5.

¹¹¹ *Rapport explicatif*, párr. 77, págs. 17 y 18.

Internacional dentro de la citada Corte, incluye entre los crímenes de competencia de dicha Sección la corrupción y el blanqueo de capitales¹¹².

B. Práctica legislativa nacional

42. La inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios no es objeto de regulación expresa en la mayoría de los Estados. Por el contrario, la respuesta a la inmunidad ha sido dejada en manos de los tribunales, que, cuando se han ocupado del tema, lo han hecho habitualmente aplicando lo que consideran normas de derecho internacional, a las que se refieren en sus sentencias y otras decisiones. Dicha aplicación de las normas de derecho internacional se ha producido en virtud de distintas bases jurídicas, a saber: por remisión a los principios generales del derecho que rigen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno; por aplicación de principios propios del *common law*¹¹³; o por aplicación de disposiciones de naturaleza general que determinan las competencias de los órganos judiciales nacionales y que remiten al derecho internacional aplicable para resolver los supuestos en que se pueda plantear la inmunidad¹¹⁴.

43. En el presente informe no se analizan las normas nacionales que realizan una mera remisión en blanco al derecho internacional aplicable, ya que no ofrecen elementos que puedan aportar luz respecto de la cuestión de cuáles son los límites y excepciones a la inmunidad, que serán necesariamente los que se establezcan en el ordenamiento internacional, y ello con independencia del análisis de la práctica de los tribunales nacionales encargados de aplicar dichas normas, ya que las decisiones adoptadas por los mismos nos ofrecen una interpretación de lo que entienden por “el derecho internacional aplicable”. En esta sección se analizan aquellas leyes nacionales que expresamente se dedican a regular la inmunidad y aquellas otras que al regular la jurisdicción del Estado en relación con los crímenes internacionales se refieren a la inmunidad.

¹¹² Véase el nuevo artículo 28 A, párrs. 8 y 9, del Estatuto de la Corte Africana.

¹¹³ Este es el caso, en particular, de los Estados Unidos a partir de la sentencia *Samantar*, que ha establecido la inaplicabilidad de la Ley sobre inmunidad soberana extranjera a los funcionarios del Estado considerados individualmente y ha declarado que la inmunidad de los mismos está sometida a las reglas del *common law*. Véase Chimène I. Keitner, «The common law of foreign official immunity», *Green Bag*, vol. 14 2D (cuarto trimestre de 2010), págs. 61 a 75.

¹¹⁴ Entre estas normas de remisión general al derecho internacional pueden mencionarse, a título de ejemplo, las siguientes: Alemania: Ley Constitutiva de los Tribunales, art. 20.2; Federación de Rusia: Código Penal, de 13 de julio de 1996, art. 11.4; Bélgica: Ley relativa a la represión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, modificada por Ley de 23 de abril de 2003, art. 4.3; España: Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 16/2015, art. 23.4; Filipinas: Ley sobre los Crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, Genocidio y otros Crímenes contra la Humanidad, 9851, de 27 de julio de 2209, sección 9 b); Kirguistán: Código de Procedimiento Penal, 1999, art. 16.2; Países Bajos: Código Penal, art. 8; Montenegro: Código de Procedimiento Penal, 2010, art. 252.1; Uzbekistán: Código de Procedimiento Penal, art. 4. Esta remisión en blanco a las normas de derecho internacional aplicables ha generado no pocos problemas a los tribunales nacionales en casos relativos a la inmunidad, lo que explica que ciertos Estados hayan adoptado leyes nacionales al efecto. Este es, por ejemplo, el caso de España, que, tras aplicar durante 30 años un modelo de remisión en blanco al derecho internacional, ha optado por completar dicho modelo en 2015 con una Ley de Inmunidades.

44. Comenzando por la primera categoría, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre el hecho de que el número de leyes nacionales que regulan las inmunidades jurisdiccionales es muy reducido y, además, suelen referirse básicamente a las inmunidades del Estado. No obstante, algunas leyes contienen disposiciones que permiten su aplicación a ciertos funcionarios del Estado, en especial el Jefe del Estado. En este grupo se incluyen las legislaciones de los Estados Unidos (Ley de inmunidad soberana extranjera, 1976)¹¹⁵, Reino Unido (Ley de inmunidad del Estado, 1978)¹¹⁶, Singapur (Ley de inmunidad del Estado, 1979), Pakistán (Ordenanza de inmunidad del Estado, 1981)¹¹⁷, Sudáfrica (Ley de inmunidades de Estados extranjeros, 1981), Australia (Ley de inmunidades de Estados extranjeros, 1985)¹¹⁸, Canadá (Ley de inmunidad del Estado, 1985)¹¹⁹, la Argentina (Ley de Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, 1995)¹²⁰, Japón (Ley sobre jurisdicción civil del Japón con respecto a un Estado extranjero, 2009)¹²¹ y España (Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, 2015)¹²².

45. Las citadas leyes se refieren, mayoritariamente, a las excepciones y límites a las inmunidades del Estado a través de dos fórmulas distintas, a saber: *a*) una “excepción territorial” en el caso de los daños inferidos a personas o bienes que se produzcan en el Estado del foro¹²³; y *b*) las excepciones a ciertas categorías de procedimientos referidos a pretensiones que están vinculadas con derechos y obligaciones que pueden reconducirse a la categoría de actos *iure gestionis*, anticipándose o aplicando lo establecido en la Convención de 2004¹²⁴. Por otro lado, ha de destacarse que, aunque todas las leyes mencionadas se aplican de forma

¹¹⁵ La Ley de los Estados Unidos ha sido modificada en 1991, por la Ley de protección a las víctimas de tortura, de 1991. Véanse las secciones 1605 y 1605A del *U.S. Code*.

¹¹⁶ La Ley del Reino Unido fue aprobada el 20 de julio de 1978 y no ha sido modificada hasta la fecha.

¹¹⁷ Ordenanza VI de 1981, de 11 de marzo de 1981.

¹¹⁸ La Ley australiana ha sido modificada en 1987, 2009 y 2010.

¹¹⁹ Véase R.S.C., 1985, c. S-18 (actualización de 28 de abril de 2016). La Ley canadiense ha sido modificada el 13 de marzo de 2012 para incluir una excepción en caso de terrorismo.

¹²⁰ Ley 24488, del 31 de mayo de 1995. Sancionada el 31 de mayo de 1995, fue promulgada parcialmente el 22 de junio del mismo año (infoleg.mecon.gov.ar).

¹²¹ Ley 24, de 24 de abril de 2009.

¹²² Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 258, 28 de octubre de 2015).

¹²³ Véanse las siguientes leyes: Argentina, artículo 2, apdo. e; Australia, secciones 13 y 42^a 2); Canadá, sección 6; España, artículo 11; Estados Unidos, sección 1605 a) 5); Japón, artículo 10; Reino Unido, sección 5; Singapur, sección 7; y Sudáfrica, sección 6 (téngase en cuenta que, por comodidad, se citan las leyes por referencia al Estado que las adopta).

¹²⁴ Las citadas excepciones se refieren a los siguientes actos: transacciones mercantiles, contratos de trabajo, derechos relativos a la propiedad y la posesión de bienes, propiedad intelectual e industrial, membresía y participación en personas jurídicas y organismos corporativos, sumisión a arbitraje comercial, actos y derechos referidos a buques de propiedad estatal utilizados para fines comerciales, obligaciones relacionadas con el pago de impuestos y tasas, derechos y obligaciones derivadas de acciones. Véanse las siguientes leyes: Argentina, artículo 2, apdos. c), d), f), g) y h); Australia, secciones 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20; Canadá, secciones 5, 7 y 8; España, artículos 9, 10, 12 a 16; Estados Unidos, sección 1605 a) 2) a 4) y 6), b) y d); Japón, artículos 8, 9, 11 a 16; Pakistán, secciones 5 a 12; Reino Unido, secciones 3, 4, 6 a 11; Singapur, secciones 5, 6 a 13; y Sudáfrica, secciones 4, 5, 7 a 12.

genérica al Estado, solo algunas de ellas se refieren a los funcionarios del Estado, mencionando únicamente al Jefe del Estado o a los representantes del Estado cuando actúan “en su capacidad pública”¹²⁵, limitándose —por tanto— su aplicabilidad a la inmunidad de dichos funcionarios *ratione materiae*. Únicamente la Ley española de 2015 contempla la inmunidad de ciertos funcionarios (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores) desde la doble perspectiva de la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*¹²⁶. Por último, ha de tenerse en cuenta que, con carácter general, las citadas leyes, por razón de su contenido, regulan las excepciones de tal forma que solo indirectamente tienen relevancia en el plano de las jurisdicciones penales. A ello ha de añadirse que algunas de las leyes comentadas excluyen expresamente su aplicación a los procesos penales¹²⁷.

46. Solo tres leyes sobre inmunidad contienen disposiciones referidas a otro tipo de excepciones cuyo contenido tiene una mayor relación con el objeto del presente tema. Se trata de la Ley de inmunidad soberana extranjera de los Estados Unidos, la Ley de inmunidad del Estado del Canadá, y la Ley Orgánica 16/2015 de España. Igualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 24488 de la Argentina, aunque no mencione expresamente ninguna excepción relacionada con aspectos penales.

47. Aunque la Ley de inmunidad soberana extranjera de los Estados Unidos se limitó originalmente al modelo general de excepciones señalado *supra*, en 1991 fue modificada por la Ley de protección a las víctimas de tortura que añadió la sección 1605A titulada “Excepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero”. En virtud de la misma

[u]n Estado extranjero no será inmune frente a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos o de los Estados en ningún caso que quedaría cubierto en otro supuesto por este capítulo, cuando las indemnizaciones sean dirigidas contra un Estado extranjero por daños personales o muerte causada por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje aéreo, toma de rehenes, o por haber proporcionado apoyo material o recursos para dicho acto si el acto o el apoyo material o de recursos se realiza por un funcionario, empleado o agente

¹²⁵ Se refieren de modo general al Jefe del Estado las siguientes leyes: Australia, secciones 3.1, 3.3. a) y 36; Canadá, sección 2 a); Pakistán, sección 15; Reino Unido, sección 14 a); Singapur, sección 16 1) a); y Sudáfrica, sección 1 2) a). Se refieren a los “representantes del Estado cuando actúen en esa condición” las leyes de España, artículo 2, apdo. c, inc. iv); y el Japón, artículo 2 iv). Téngase en cuenta que los tribunales de los Estados Unidos consideraron originalmente que los funcionarios del Estado actuando a título oficial quedaban cubiertos por la Ley de inmunidad del Estado extranjero. Sin embargo, tras la sentencia recaída en el caso *Samantar*, dicha inmunidad se somete exclusivamente a las normas del *common law*. En relación con esta cuestión, véase documento A/CN.4/686, párr. 106.

¹²⁶ La Ley Orgánica 16/2015 se aplica tanto a las inmunidades de “[l]os Estados extranjeros y sus bienes” (art. 1, apdo. a), como a las inmunidades de “[l]os Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos exteriores extranjeros, durante el ejercicio de su cargo y una vez finalizado el mismo” (art. 1, apdo. b). El título II de la Ley Orgánica 16/2015 está dedicado íntegramente a los “[p]rivilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero”. Véase también artículo 22, párr. 2.

¹²⁷ Véanse las siguientes leyes: Canadá, sección 18; Japón, artículo 1; Singapur, sección 19 2) b); y Sudáfrica, sección 2 3). Tampoco resulta de aplicación a la jurisdicción penal la ley de los Estados Unidos.

del Estado extranjero actuando en el marco de sus funciones, empleo o agencia¹²⁸;

siempre que se cumplan las siguientes condiciones¹²⁹:

a) Que el Estado extranjero haya sido designado por el Secretario de Estado como un “Estado patrocinador del terrorismo”;

b) Que el demandante o la víctima sea un nacional de los Estados Unidos, un miembro de sus fuerzas armadas o un empleado del Gobierno;

c) Que en el caso en que los hechos hayan ocurrido en el territorio del Estado demandado, el demandante haya permitido al Estado extranjero una oportunidad razonable de resolver la reclamación mediante un arbitraje conforme a las normas de arbitraje internacionalmente aceptadas.

48. Esta excepción ha permitido a los tribunales de los Estados Unidos denegar la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en un cierto número de casos que se han sustanciado frente a la jurisdicción civil¹³⁰ en relación con actos que son, inequívocamente, crímenes internacionales. Sin embargo, ha de señalarse igualmente que la citada excepción no tiene alcance general y se aplica únicamente en relación con actos realizados por Estados declarados formalmente como patrocinadores del terrorismo por el Secretario de Estado, lo que incorpora a la citada excepción un elemento de discrecionalidad política.

49. Por su parte, la Ley de inmunidad del Estado del Canadá fue modificada en 2012 para incluir una excepción denominada “apoyo al terrorismo”, que se incluye en la sección dedicada a los daños y lesiones. De conformidad con la misma, un Estado que sea incluido en la lista de apoyo al terrorismo no será inmune frente a la jurisdicción de los tribunales canadienses respecto de procedimientos dirigidos contra él por apoyo al terrorismo o por actividades terroristas¹³¹. Se trata de una excepción muy similar en su planteamiento a la establecida por la ley de los Estados Unidos y, por tanto, le son de aplicación las observaciones contenidas en el párrafo anterior.

50. La Ley Orgánica 16/2015, recientemente aprobada en España, ha venido a introducir un modelo parcialmente distinto en el régimen aplicable a las excepciones. Como ya se ha señalado *supra*, la citada Ley diferencia entre el régimen aplicable a la inmunidad del Estado y el régimen aplicable a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, tanto desde la perspectiva de la inmunidad *ratione personae*¹³² como desde la perspectiva de la inmunidad *ratione materiae*¹³³. Y en este último plano introduce una excepción basada en los crímenes internacionales al establecer que, incluso respecto de “los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales [...] quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad”¹³⁴. Se trata de una

¹²⁸ Sección 1605 A, a) 1).

¹²⁹ Sección 1605 A, 2) A).

¹³⁰ Véase la sección D *infra*.

¹³¹ Véase sección 6.1, 1) y 11). Respecto del procedimiento para la inclusión de un Estado en la lista de apoyo al terrorismo, véase sección 6.1 2), 3) a 10), sección 11 3) y sección 13 2).

¹³² Véase el artículo 22.

¹³³ Véanse los artículos 23 a 25.

¹³⁴ Artículo 23, párr. 1, *in fine*.

excepción de carácter general que no precisa del cumplimiento de ninguna condición adicional, pero que opera exclusivamente en el marco de la inmunidad *ratione materiae*.

51. A esta excepción se añade una disposición de alcance general que, bajo el título “Crímenes internacionales”, establece lo siguiente:

Lo dispuesto en el presente Título no afectará a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional¹³⁵.

Esta disposición tiene un significado distinto al de la excepción antes mencionada, ya que se aplica tanto a la inmunidad *ratione materiae* como a la inmunidad *ratione personae*. Sin embargo, su alcance es más reducido ya que se limita a los supuestos en que España esté obligada por una norma internacional a enjuiciar a una persona por la comisión de crímenes internacionales y a las medidas que hayan de tomar los tribunales españoles para responder a una solicitud de cooperación que le sea dirigida por la Corte Penal Internacional¹³⁶.

52. Por último, ha de señalarse que la Ley 24488 de la Argentina contenía un artículo 3 redactado en los siguientes términos:

[s]i se presentasen demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamación si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden internacional.

53. Sin embargo, dicho artículo fue excluido (“observado”) de la promulgación de la Ley por Decreto 849/95 y, por tanto, no forma parte de la misma¹³⁷. El argumento contenido en el Decreto que decide la exclusión del artículo 3 presenta interés a los efectos del análisis de las excepciones, en particular desde dos perspectivas: *a*) afirma que “las violaciones a los derechos humanos [constituyen], por lo general, actos de imperio (*acta iure imperii*)”¹³⁸; y *b*) señala que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (que tienen rango constitucional en la Argentina), se refieren a “delitos que pueden dar lugar a

¹³⁵ Artículo 29.

¹³⁶ Dicha excepción fue incluida a instancias del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal (órganos de dirección de jueces y fiscales), a fin de garantizar que, a pesar del reconocimiento de las inmunidades correspondientes, España pudiese cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de normas de derecho penal internacional, en especial la posibilidad de que España pudiese cumplir con peticiones de cooperación que le sean dirigidas por tribunales penales internacionales. Ha de tenerse en cuenta que esta disposición debe leerse a la luz de lo previsto en la disposición final sexta de la Ley Orgánica, conforme a la cual “[e]n caso de concurrencia normativa de la presente Ley Orgánica con las previsiones recogidas en un tratado internacional [en] el que el Reino de España sea Estado Parte se aplicará con carácter preferente el tratado internacional”.

¹³⁷ Véase el artículo 1 del citado Decreto. El Decreto 849/95, de 22 de junio de 1995, aprobado por el Consejo de Gobierno, puede consultarse en infoleg.mecon.gov.ar.

¹³⁸ Véase el considerando segundo del Decreto.

responsabilidad civil”, “parec[iendo] inapropiado denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos”¹³⁹. En consecuencia, aunque la Ley 24488 no contiene una excepción expresa relativa a los crímenes internacionales, su interpretación a la luz del Decreto 849/95, que ordena su promulgación parcial, permite concluir que los tribunales argentinos serán competentes respecto de demandas presentadas contra un Estado extranjero por violación del derecho internacional de los derechos humanos.

54. Entre las leyes internas dedicadas a regular los crímenes internacionales ha de mencionarse en primer lugar la Ley relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, aprobada en Bélgica en 1993 y que ha sido modificada en 1999 y 2003. Dicha Ley ha sido objeto de una interesante evolución vinculada, en buena medida, al caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁴⁰. Así, si en la versión de 1999 se declaraba que “la inmunidad vinculada a la condición oficial de una persona no imped[ía] la aplicación de la [...] ley”, tras la modificación introducida en 2003 dicha afirmación se ve limitada por la expresión “dentro de los límites establecidos por el derecho internacional”¹⁴¹. Además, el artículo 13 de la misma Ley delimita aún más los contornos de esta regla al establecer que

[c]onforme al derecho internacional, el ejercicio de la jurisdicción está excluido en relación con: i) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, durante el período en el que ejercen sus funciones, así como otras personas cuya inmunidad está reconocida en el derecho internacional; ii) las personas que gocen de inmunidad, total o parcial, sobre la base de un tratado que obligue a Bélgica.

En consecuencia, la ley belga reconoce la inmunidad absoluta *ratione personae* pero no se pronuncia sobre la inmunidad *ratione materiae*, lo que ha sido interpretado como un reconocimiento implícito de la posibilidad de aplicar excepciones respecto de la misma en relación con los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

55. Por su parte, en los Países Bajos la Ley sobre Crímenes Internacionales de 2003 responde a un modelo similar, al establecer en su art. 16 que “[e]l procesamiento penal por alguno de los crímenes a los que se refiere esta Ley queda excluido respecto a: a) los jefes de Estado extranjeros, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores, durante el tiempo que permanezcan en el cargo, y otras personas respecto de las que se reconozca su inmunidad conforme al derecho internacional consuetudinario; b) las personas que gozan de inmunidad bajo cualquier convenio aplicable conforme en el Reino de los Países Bajos”. En consecuencia, la legislación neerlandesa reconoce la inmunidad de los miembros de la “troika” cuando se encuentran en ejercicio, incluso respecto de los crímenes internacionales. Sin embargo, tras terminar su mandato la inmunidad solo se les aplicaría respecto de los actos realizados a título oficial que, conforme a la

¹³⁹ Véase el considerando tercero del Decreto.

¹⁴⁰ República Democrática del Congo c. Bélgica, fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 46; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 162.

¹⁴¹ Véase Ley de modificación de la ley de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario y del artículo 144 *ter* del Código judicial. El texto arriba reproducido corresponde al art. 5.3 de la Ley relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

información proporcionada por los Países Bajos, no cubriría los crímenes internacionales¹⁴².

56. En la posición opuesta a la que se acaba de señalar se encuentra el Código Penal de la República de Níger, modificado en 2003, que declara expresamente que “la inmunidad vinculada a la condición oficial de una persona no le exonera de persecución [penal] por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad”¹⁴³.

57. Por último, la cuestión de la inmunidad ha sido objeto de regulación en diversas leyes cuyo objeto es recibir y desarrollar en el ordenamiento interno las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde una perspectiva competencial y procesal. Se trata de las denominadas “leyes de implementación”, cuyo interés para el presente informe no puede negarse. Dichas “leyes de implementación” han abordado el tema de los límites y excepciones a la inmunidad desde dos perspectivas distintas, a saber: *a)* la definición de un sistema general de exclusión de la inmunidad; y *b)* la definición de un sistema de exclusión de la inmunidad únicamente en relación con la obligación general de los Estados partes de cooperar con la Corte Penal Internacional.

58. El primero de los modelos está representado por las leyes aprobadas en Burkina Faso, Comoras, Irlanda, Mauricio y Sudáfrica¹⁴⁴. Conforme a las citadas leyes, el derecho nacional reconoce la inoponibilidad con carácter general de cualquier inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal nacional respecto de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, en especial los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra.

¹⁴² Comentarios de los Países Bajos en respuesta a las preguntas de la Comisión (20 de abril de 2016).

¹⁴³ Artículo 208.7. Dicho artículo tiene que ser leído en relación con el artículo 208.2, párrafo segundo, que establece una jurisdicción universal en virtud de la cual los tribunales del Níger serán competentes aún en el caso de que los crímenes se hayan cometido en el extranjero.

¹⁴⁴ Véase, Burkina Faso: Ley relativa a la determinación de las competencias y del procedimiento de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por las jurisdicciones de Burkina Faso, núm. 52 de 2009, artículos 7 y 15.1 (conforme a la misma los tribunales de Burkina Faso pueden ejercer su jurisdicción respecto de las personas que hayan cometido un crimen de competencia de la Corte, aunque lo hayan cometido en el extranjero, siempre que el sospechoso se encuentre en su territorio. Además, el cargo oficial no constituirá una causa de excepción o reducción de la responsabilidad); Comoras: Ley núm. 11-022/ de 13 de diciembre 2011, relativa a la aplicación del Estatuto de Roma, art. 7.2 (“las inmunidades o normas de procedimiento especiales que pueda conllevar el cargo oficial de una persona en virtud de la ley o del derecho internacional, no impiden a los tribunales nacionales ejercer su competencia con respecto a esta persona en relación a las infracciones previstas en esta Ley”); Irlanda: Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2006, art. 61.1 (“Conforme al artículo 27, cualquier inmunidad diplomática o inmunidad del Estado asociada a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto no precluye el establecimiento de un procedimiento en relación con esa persona”); Mauricio: Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2001, art. 4; Sudáfrica: Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional núm. 27, de 18 de julio de 2002, arts. 4.2.a)i) y 4.3.c) (conforme a la misma los tribunales sudafricanos tienen competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra cuando el presunto autor se encuentre en Sudáfrica, siendo inoponible la condición oficial que pueda ostentar el acusado). Este levantamiento de la inmunidad es, además, efectivo a pesar de “cualquier otra ley en contra, incluyendo el derecho internacional consuetudinario y convencional”. El Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica se ha pronunciado sobre este asunto en la sentencia de 15 de marzo de 2016, recaída en el marco de la fallida orden de detención del Presidente Al-Bashir.

59. El segundo modelo, por su parte, circunscribe la cuestión del juego de la inmunidad a aquellos casos en que la jurisdicción penal nacional deba ejercerse a fin de asegurar alguna forma de cooperación con la Corte Penal Internacional, en particular respecto de la detención y entrega de personas a la Corte. En este segundo grupo han de incluirse las leyes adoptadas en Alemania, el Canadá, Francia, Kenya, Noruega, Nueva Zelandia, Suiza y Uganda, que no toman en consideración la inmunidad o la relevancia del cargo oficial como una causa que impida el cumplimiento de la orden de entrega¹⁴⁵. Las leyes adoptadas en Irlanda, Islandia, Malta, el Reino Unido y Samoa solo contemplan la irrelevancia de la inmunidad y del cargo oficial en relación con los nacionales de los Estados partes en el Estatuto de Roma, estableciendo un sistema de consultas con la Corte en el caso de los nacionales de Estados no partes¹⁴⁶. Por último, las leyes adoptadas en la Argentina, Australia, Austria y Liechtenstein no prevén un sistema de inoponibilidad de la inmunidad en todos los casos, regulando sistemas de consulta con la Corte para resolver cualquier controversia que pueda surgir en virtud de la aplicación conjunta de los artículos 27 y 98, párr. 1, del Estatuto de Roma¹⁴⁷. En todo caso, la inoponibilidad de la inmunidad a los efectos de garantizar la cooperación con la Corte se recoge también en algunas de las leyes de implementación que se corresponden con el primer modelo, como sucede en el caso de Burkina Faso y Sudáfrica¹⁴⁸.

C. Práctica judicial internacional

60. La cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera ha sido abordada en varias sentencias dictadas por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional.

¹⁴⁵ Véase, Alemania: Ley Constitutiva de los Tribunales, artículos 20.1 y 21; Canadá: Ley de Extradición, 1999, art. 18; Francia: Código de Procedimiento Penal (conforme a la Ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002), art. 627.8; Kenya: Ley sobre Crímenes Internacionales de 2008, núm. 16, art. 27; Noruega: Ley núm. 65 de 15 de junio de 2001 relativa a la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 (el Estatuto de Roma) en el derecho noruego, artículo 2; Nueva Zelandia: Ley sobre los Crímenes Internacional y la Corte Penal Internacional de 2000, art. 31.1; Suiza: Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, art. 6; y Uganda: Ley sobre la Corte Penal Internacional, núm. 18, de 2006, art. 25.1.a) y b).

¹⁴⁶ Véase, Irlanda: Ley sobre la Corte Penal Internacional, núm. 30, de 2006, art. 6.1; Islandia: Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2003, art. 20.1; Malta: Ley de Extradición, art. 26S.1; Reino Unido: Ley sobre la Corte Penal Internacional, 2001, art. 23.1; y Samoa: Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2007, núm. 26, arts. 32.1 y 41.

¹⁴⁷ Véase, Argentina: Ley 26200 de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley núm. 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, arts. 40 y 41; Australia: Ley de la Corte Penal Internacional, núm. 41, de 2002, art. 12.4; Austria: Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional, núm. 135, de 13 de agosto de 2002, arts. 9.1 y 9.3; Liechtenstein: Ley de 20 de octubre de 2004 sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Internacionales, art. 10.1.b) y c). Un caso especial es el de Dinamarca, cuya Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 16 de mayo de 2001 (art. 2) atribuye la decisión de resolver los temas sobre la inmunidad al ejecutivo sin definir un sistema específico de consultas.

¹⁴⁸ Véase, Burkina Faso: Ley núm. 52, de 2009, art. 39.2; Sudáfrica: Ley núm. 27, de 2002, arts. 10.5 y 10.9.

1. Corte Internacional de Justicia

61. En el caso *Mandat d'arrêt*, la Corte Internacional de Justicia se pronunció de forma inequívoca sobre el carácter pleno de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, afirmando que

durante toda la duración de su cargo, [el Ministro de Relaciones Exteriores] se beneficia de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero¹⁴⁹.

Dicha inmunidad se basa en las funciones que desarrolla el Ministro de Relaciones Exteriores en el ámbito de las relaciones internacionales. Y para proteger dichas funciones, la inmunidad se extiende a todos los actos realizados por el mismo, tanto a título oficial como a título privado¹⁵⁰. Junto a ello, la Corte concluye que no es posible identificar la existencia en el derecho internacional contemporáneo de una excepción a dicha inmunidad, ni siquiera en los casos en que los actos afectados sean constitutivos de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. A juicio de la Corte, dicha excepción no puede deducirse ni de la práctica estatal¹⁵¹ ni del proceso de creación de tribunales penales internacionales¹⁵².

62. No obstante, la Corte Internacional de Justicia intenta salvaguardar el principio de responsabilidad penal individual consagrado en el derecho internacional contemporáneo que, a su juicio, no se ve afectado por la inmunidad de jurisdicción penal. Y para ello emplea dos argumentos complementarios entre sí, a saber: la distinción entre inmunidad y jurisdicción, por un lado, y la distinción entre inmunidad e impunidad, por otro.

63. Refiriéndose al primero, la Corte Internacional de Justicia afirma que “la jurisdicción no implica la ausencia de inmunidad y la ausencia de inmunidad no implica jurisdicción”, añadiendo que incluso en los casos en que ciertos convenios han impuesto a los Estados la obligación de juzgar o extraditar a una persona por crímenes internacionales, esta ampliación de la jurisdicción “no atenta contra las inmunidades que se derivan del derecho internacional consuetudinario, y en especial contra las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores”, que “continúan siendo oponibles a estos tribunales” nacionales¹⁵³.

¹⁴⁹ Véase *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54.

¹⁵⁰ *Ibid.* Para una descripción de dichas funciones, véase *ibid.*, págs. 21 y 22, párr. 53. La dimensión funcional de esta inmunidad queda especialmente de manifiesto en la siguiente afirmación de la Corte Internacional de Justicia: “[a]demás, el simple hecho de que al encontrarse en otro Estado o al atravesarlo un ministro de relaciones exteriores pueda estar expuesto a un procedimiento judicial puede disuadirle de desplazarse al extranjero cuando tiene la obligación de hacerlo para cumplir sus funciones” (*ibid.*, pág. 22, párr. 55).

¹⁵¹ Tras examinar las leyes nacionales relevantes y algunas decisiones adoptadas por tribunales nacionales que se encuentran en la cúspide del orden jurisdiccional, la Corte Internacional de Justicia afirmó que no le resultaba posible deducir “la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de ninguna excepción a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de relaciones exteriores en ejercicio, cuando estos son sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad” (*ibid.*, pág. 24, párr. 58, primer apartado).

¹⁵² *Ibid.*, apartados segundo y tercero.

¹⁵³ *Ibid.*, págs. 24 y 25, párr. 59.

64. Mayor interés revisten a los efectos del presente informe los argumentos referidos a la distinción entre inmunidad e impunidad. Así, la Corte Internacional de Justicia destaca que

la *inmunidad* de jurisdicción de la que se beneficia un ministro de relaciones exteriores en ejercicio no significa que se beneficie de *impunidad* en relación con los crímenes que hubiera podido cometer, cualquiera que sea su gravedad. Inmunidad de jurisdicción penal y responsabilidad penal individual son dos conceptos netamente distintos. Mientras que la inmunidad de jurisdicción reviste un carácter procesal, la responsabilidad penal afecta al fondo del derecho. La inmunidad de jurisdicción, ciertamente, puede ser un obstáculo al enjuiciamiento durante un cierto tiempo o respecto de ciertas infracciones, pero no exonera a la persona que se beneficia de la misma de toda responsabilidad penal¹⁵⁴.

65. Y para reforzar dicho argumento afirma la existencia de un modelo alternativo para deducir la responsabilidad penal del individuo que describe de la siguiente manera:

En primer lugar, en virtud del derecho internacional [los ministros de relaciones exteriores] no se benefician de ninguna inmunidad de jurisdicción penal en su propio país y pueden, por tanto, ser sometidos a las jurisdicciones de ese país conforme a las normas fijadas en el derecho interno.

En segundo lugar, no se benefician de la inmunidad de jurisdicción en el extranjero si el Estado al que representan o han representado decide levantar la inmunidad.

En tercer lugar, desde que una persona ha cesado en la función de ministro de relaciones exteriores, ya no se beneficia de la totalidad de las inmunidades de jurisdicción que le reconocía el derecho internacional en otros Estados. Siempre que sea competente de conformidad con el derecho internacional, un tribunal de un Estado extranjero puede juzgar a un antiguo ministro de asuntos exteriores de otro Estado respecto de los actos que haya cometido antes o después del período en que ocupó dichas funciones, así como respecto de los actos que, aunque cometidos durante dicho período, lo hayan sido a título privado.

En cuarto lugar, un ministro de asuntos exteriores o un antiguo ministro de relaciones exteriores puede ser objeto de enjuiciamiento penal ante ciertas jurisdicciones penales internacionales siempre que estas sean competentes¹⁵⁵.

66. Con estos argumentos la Corte Internacional de Justicia define un modelo de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los ministros de relaciones exteriores que se ha convertido en el modelo de referencia y que pivota sobre cuatro ideas básicas:

- a) La inmunidad se reconoce con carácter absoluto respecto de todos los actos realizados por el ministro de relaciones exteriores durante su mandato;
- b) No existen excepciones a dicha inmunidad;

¹⁵⁴ *Ibid.*, pág. 25, párr. 60.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 61.

c) La inmunidad es una “barrera procesal” al ejercicio de la jurisdicción y no una barrera sustantiva a la deducción de responsabilidad penal internacional, incluso por actos que pueden ser constitutivos de crímenes internacionales;

d) La responsabilidad penal individual se salvaguarda mediante el recurso a otras vías de acción distintas del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

67. En todo caso, ha de destacarse que, a pesar de que la sentencia en el caso *Mandat d'arrêt* viene citándose habitualmente como un referente del régimen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de todos los funcionarios del Estado, las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia sobre esta cuestión tienen un alcance limitado. Así —como la propia Corte afirma en la sentencia— “[a] los fines [de dicho] asunto, [...] únicamente debe examinar la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de un ministro de relaciones exteriores”¹⁵⁶, sin ir más allá. Ello sitúa a la respuesta dada por la Corte Internacional de Justicia en el ámbito de la inmunidad *ratione personae*, no siendo posible concluir que dicho modelo deba aplicarse automáticamente al resto de los funcionarios del Estado, respecto de los que parece admitir la existencia de un régimen jurídico diferenciado. En todo caso, el pronunciamiento de la Corte respecto del tema que nos interesa es concluyente: no existen excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un Ministro de Relaciones Exteriores (y, por extensión, respecto de la inmunidad *ratione personae*) ni siquiera respecto de la comisión de crímenes tan graves como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

68. Aunque la sentencia fue aprobada por una amplia mayoría, no puede ignorarse que varios magistrados expresaron opiniones más matizadas —e incluso opuestas— en relación con los límites y excepciones a la inmunidad. En este sentido, aunque los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal apoyaron la posición de la Corte Internacional de Justicia de que no existen excepciones que se puedan aplicar a la inmunidad en el caso del que se ocupan, sin embargo, pusieron de manifiesto la tendencia cada vez mayor entre la doctrina a afirmar “que los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados como actos oficiales porque no se corresponden ni con las funciones estatales normales ni con las funciones que un Estado solo (por oposición a un individuo) puede hacer”¹⁵⁷. Además, destacaron la necesidad de realizar una interpretación equilibrada de la inmunidad que tome en cuenta la necesidad de proteger el principio de igualdad soberana y las necesidades propias de las relaciones internacionales, por un lado, y garantizar que ello no va en contra de la lucha contra la impunidad, por otro, destacando la tendencia cada día mayor a que “los autores de crímenes internacionales graves no se queden sin castigo, y que ese hecho ha tenido un impacto sobre las inmunidades de las que gozan los altos dignatarios del Estado en virtud del derecho consuetudinario tradicional”¹⁵⁸. Para los tres magistrados, la inmunidad no puede ser nunca sustantiva y “[e]llo ha dado lugar a una tendencia, en el caso de los crímenes internacionales, de no reconocer la inmunidad procesal de jurisdicción más que durante el tiempo en que el agente del Estado sospechoso de haberlos cometido esté en ejercicio”¹⁵⁹. Por último, cabe señalar que los citados magistrados expresaron

¹⁵⁶ *Ibid.*, pág. 21, párr. 51 *in fine*.

¹⁵⁷ Véase la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, pág. 88, párr. 85.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 78, párr. 51, segundo apartado.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 85, párr. 74. Véase también el párrafo 75.

también dudas sobre la viabilidad del sistema de recurso alternativo al que se refiere la Corte en su fallo¹⁶⁰.

69. Más contundente fue la posición mantenida por el magistrado Al-Khasawneh en su opinión disidente, para quien la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Ministro de Relaciones Exteriores debe quedar limitada a los actos realizados a título oficial y, lo que es más importante a los efectos del presente informe, no puede aplicarse, en ningún caso, respecto de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Para el citado magistrado, no parece razonable admitir que la inmunidad del Estado se haya limitado progresivamente para excluir los actos de naturaleza comercial o *iure gestiones* y que, sin embargo, se deba mantener la inmunidad de un Ministro de Relaciones Exteriores cuando comete crímenes internacionales, en especial cuando la lucha contra la impunidad ha alcanzado rango de *ius cogens*¹⁶¹.

70. Por último, la magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert no solo negó que los Ministros de Relaciones Exteriores gozasen de inmunidad *ratione personae*, sino que además introdujo en su argumentación nuevos elementos que se pueden resumir de la siguiente manera: *a*) “ampliar la inmunidad *ratione personae* al ministro de relaciones exteriores tendría por efecto multiplicar desmesuradamente el número de personas que gozan, a escala internacional, de una inmunidad de jurisdicción y abriría la puerta a abusos. Los gobiernos podrían, a su voluntad, nombrar en puestos ministeriales a personas sospechosas de haber cometido graves violaciones de derechos humanos a fin de ponerles al abrigo de persecución en el extranjero”¹⁶², y “[l]a inmunidad de jurisdicción desde ese momento se convertiría en un obstáculo a la voluntad de las víctimas de tales violaciones de enjuiciar a sus autores en el extranjero [...] y existiría el riesgo de entrar en contradicción con las reglas internacionales relativas a los derechos humanos”¹⁶³; *b*) existe una “tendencia general a restringir la inmunidad de los representantes del Estado (incluidos los Jefes de Estado), no solamente en la esfera del derecho privado y del derecho mercantil —que limitan cada vez más el principio *par in parem*, sacrosanto en otro tiempo— sino también en derecho penal, cuando se alegan crímenes graves en relación con el derecho internacional”¹⁶⁴; y *c*) el modelo alternativo que, según la sentencia, permitiría deducir la responsabilidad penal individual de un ministro de relaciones exteriores por comisión de crímenes internacionales, no se corresponde con la realidad que muestra la práctica internacional ni con el carácter limitado de las competencias de los tribunales penales internacionales¹⁶⁵.

71. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Corte Internacional de Justicia se ha referido también a los límites y excepciones a la inmunidad, reiterando lo ya dicho en el caso *Mandat d'arrêt*:

Un Jefe de Estado goza en particular “de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales” que le protegen “contra todo acto de autoridad

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 86, párr. 78.

¹⁶¹ Véase la opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, en especial pág. 98, párr. 7.

¹⁶² Véase la opinión disidente de la magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert, pág. 150, párr. 21 *in fine*.

¹⁶³ *Ibid.*, págs. 150 y 151, párr. 22.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 151, párr. 23.

¹⁶⁵ *Ibid.*, págs. 159 y ss., párrs. 34 a 38. En un sentido similar se manifestaron los magistrados Higgins, Kooijmans y Buerghental en su opinión separada conjunta, *ibid.*, pág. 86, párr. 78.

por parte de un Estado que constituya un obstáculo al ejercicio de sus funciones”¹⁶⁶.

Esta afirmación la realiza, en todo caso, únicamente en relación con la inmunidad *ratione personae* de la que se beneficiaría el Presidente de Djibouti. Por el contrario, al no pronunciarse la sentencia sobre la pretendida inmunidad del Fiscal General de la República y del Director de la Seguridad Nacional, no contiene ninguna referencia concluyente respecto de los límites y excepciones que, eventualmente, se pudiesen haber alegado en ambos casos.

72. Por último, en el caso *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader*, la Corte Internacional de Justicia tampoco se ha pronunciado sobre la cuestión de las inmunidades, ya que el Chad había comunicado a la Corte el levantamiento de la inmunidad del Sr. Hissène Habré¹⁶⁷. Sin embargo, sí reviste interés para el presente informe el hecho de que la sentencia vuelve a insistir en que “la prohibición de la tortura es de la competencia del derecho internacional consuetudinario y ha alcanzado el carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”¹⁶⁸. Junto a ello resulta igualmente interesante la finalidad que la Corte atribuye al sistema de control establecido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyas disposiciones “tienden a evitar la impunidad de los presuntos autores de un acto de tortura, haciéndolo de tal forma que no puedan encontrar refugio en el territorio de ninguno de los Estados partes”¹⁶⁹. De esta manera introduce el argumento de la lucha contra la impunidad como uno de los objetivos perseguidos por la comunidad internacional¹⁷⁰.

73. Si en los fallos antes analizados la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en relación con supuestos en los que un Estado pretendía ejercer su jurisdicción frente a un individuo (un funcionario del Estado), en el caso *Immunités juridictionnelles de l’État* el planteamiento es distinto. En este caso no se suscita ante la Corte la inmunidad de un funcionario de alto nivel sino la inmunidad del Estado en sentido estricto. A pesar de ello, la sentencia recaída en este caso se ha pronunciado sobre cuestiones de notable interés para la institución de la inmunidad entendida en términos abstractos, en especial la naturaleza procesal de la inmunidad, su relación con el ejercicio de la jurisdicción y su relación con la

¹⁶⁶ Djibouti c. Francia, fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 237, párr. 170.

¹⁶⁷ *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader* (Bélgica c. Senegal), fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 422. Solo el magistrado *ad hoc* Sur se refirió al tema de la inmunidad, afirmando en su opinión disidente que “la Convención [contra la Tortura] no prevé, a diferencia por ejemplo del Estatuto de Roma, que la inmunidad de las autoridades públicas no es oponible frente a los procesamientos que se desarrollan ante las jurisdicciones internas” (*ibid.*, pág. 620, párr. 54). Sin embargo, este tema no estaba incluido entre los sometidos a la consideración de la Corte.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pág. 457, párr. 99. Esta configuración de la prohibición de la tortura fue mantenida incluso por algunos magistrados en sus opiniones separadas o disidentes. Así, en su opinión disidente, la magistrada Xue calificó expresamente a la prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens* (pág. 575, párr. 17), al tiempo que concluyó que “el *ius cogens*, por su propia naturaleza, no prima automáticamente sobre la aplicación de esas normas procesales” (*ibid.*).

¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 461, párr. 120.

¹⁷⁰ En sus opiniones separadas o disidentes, algunos magistrados se han referido también a la lucha contra la impunidad y al papel que la Convención contra la Tortura desempeña para lograr dicho objetivo. Véanse en este sentido las opiniones expresadas por los magistrados Cançado Trindade (*ibid.*, pág. 519, párr. 83, y pág. 527, párr. 103) y Donoghue (*ibid.*, pág. 584, párr. 2).

responsabilidad. Por otro lado, la Corte se ha pronunciado igualmente en este asunto sobre dos eventuales excepciones a la inmunidad, a saber: la denominada “excepción territorial” y la excepción basada en la violación de normas de *ius cogens*, en ambos casos en estrecha relación con los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en territorio italiano y griego por parte de las fuerzas de ocupación nazis.

74. Ante este complejo contenido de la sentencia, no es de extrañar que la misma haya dado lugar a un interesante debate académico¹⁷¹. Por otro lado, no puede olvidarse tampoco que, por razón de su contenido, ha sido igualmente objeto de referencia a fin de identificar las reglas propias del régimen de la inmunidad entendido en sentido amplio. Por tanto, a los efectos del presente informe, resulta útil el análisis de la sentencia del caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, en particular por lo que se refiere a los siguientes aspectos: la naturaleza de la inmunidad y su relación con la jurisdicción y el régimen de la responsabilidad internacional del Estado; los efectos de las normas de *ius cogens* sobre la inmunidad; el alcance de la denominada “excepción territorial”; y la cuestión relativa a la existencia de vías paralelas de actuación.

75. Siguiendo con su jurisprudencia reiterada, la Corte Internacional de Justicia ha puesto énfasis en esta sentencia sobre el carácter netamente procesal de la inmunidad, que no afecta a la definición de la responsabilidad del Estado sino a la posibilidad de ejercer la jurisdicción extranjera para deducir dicha responsabilidad. Así, afirma expresamente que

el derecho de la inmunidad reviste un carácter esencialmente procesal [...]. Rige el ejercicio del poder de jurisdicción respecto de un comportamiento dado, y es así totalmente distinto del derecho material que determina si el comportamiento es lícito o no¹⁷².

76. El fundamento de la inmunidad así entendida es el principio de igualdad soberana del Estado, que —sin embargo— no opera de manera autónoma. Por el contrario, la Corte Internacional de Justicia afirma que dicho principio

debe ser considerado conjuntamente con el principio en virtud del cual cada Estado detenta la soberanía sobre su propio territorio, soberanía de la que se deriva para él un poder de jurisdicción respecto de los hechos que se producen sobre su suelo y respecto de las personas que se encuentran presentes en el mismo.

77. La Corte Internacional de Justicia reconoce, por tanto, la necesidad de establecer un equilibrio entre principios concurrentes, que resuelve con la siguiente fórmula:

¹⁷¹ Véase, entre otros, Jaume Ferrer Lloret, «La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24 (2012), págs. 1 a 36; Chimène I. Keitner, «Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement. Some Reflections from a United States Perspective», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), págs. 167 a 183; Lorna McGregor, «State Immunity and Human Rights. Is There a Future after Germany v. Italy?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), págs. 125 a 145.

¹⁷² *Immunités juridictionnelles de l'État*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 124, párr. 58. Véase también la opinión individual del magistrado Koroma, pág. 157, párr. 3.

Las excepciones a la inmunidad del Estado constituyen una derogación al principio de igualdad soberana. La inmunidad puede constituir una derogación al principio de la soberanía territorial y al poder de jurisdicción que se deriva de ella¹⁷³.

78. La calificación de la inmunidad como un impedimento procesal es igualmente argumentado por la Corte Internacional de Justicia para concluir que no entra en colisión con las normas de *ius cogens*. Así, según afirma la Corte:

Suponiendo [...] que las normas del derecho de los conflictos armados que prohíben matar a civiles en territorio ocupado o deportar a civiles o prisioneros de guerra para someterlos a trabajo forzoso sean normas de *ius cogens*, estas normas no entran en conflicto con las que rigen la inmunidad del Estado. Estas dos categorías de normas se refieren en efecto a cuestiones diferentes. Las que rigen la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado están autorizados a ejercer su jurisdicción respecto de otro Estado. No tienen incidencia sobre la cuestión de saber si el comportamiento respecto del cual se han iniciado acciones era lícito o ilícito. [...] Por la misma razón, el hecho de reconocer la inmunidad de un Estado extranjero de acuerdo al derecho internacional consuetudinario no equivale a juzgar como lícita una situación creada por la violación de una regla de *ius cogens*, ni a prestar ayuda o asistencia al mantenimiento de esta situación, y no puede por tanto contradecir el principio enunciado en el artículo 41 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado¹⁷⁴.

Y añade posteriormente:

[u]na norma de *ius cogens* es una norma que no sufre ninguna derogación, pero las reglas que determinan el alcance y extensión de la jurisdicción, así como las condiciones en las que esta jurisdicción puede ser ejercida, no derogan las normas materiales que tengan valor de *ius cogens*, y no hay nada intrínseco a la noción de *ius cogens* que imponga el modificarlas o el descartar su aplicación¹⁷⁵.

79. El tercer tema relevante del que se ha ocupado la Corte Internacional de Justicia en este asunto se refiere a la cuestión de si existe o no en el derecho internacional consuetudinario alguna norma que permita concluir la existencia de una excepción a la inmunidad del Estado basada en la violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Respecto de la misma, su respuesta es negativa, al afirmar que

en derecho internacional consuetudinario, el derecho a la inmunidad no depende de la gravedad del acto del que el Estado está acusado ni del carácter imperativo de la norma que habría violado¹⁷⁶.

80. Siguiendo en el plano de las excepciones, la Corte Internacional de Justicia ha rechazado igualmente que la denominada “excepción territorial” pueda aplicarse en

¹⁷³ *Ibid.*, págs. 123 y 124, párr. 57.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pág. 140, párr. 93. Véase, en general, los párrafos 92 a 97.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pág. 141, párr. 95.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 137, párr. 84. En contra, véase la opinión disidente del magistrado Cançado Trindade y la opinión individual del magistrado Bennouna.

el asunto del que se ocupa. Sin embargo, ha de destacarse que en este caso la respuesta de la Corte respecto de la excepción es más matizada que en el caso de una excepción basada en la violación de normas de *ius cogens*. Así, no niega la existencia de la excepción ni tampoco la existencia de una cierta práctica al respecto. Por el contrario, se limita a afirmar su inaplicabilidad en el caso de autos por considerar que los actos imputables a Alemania, a pesar de su gravedad, son actos *iure imperii* que quedan siempre protegidos por la inmunidad de jurisdicción del Estado¹⁷⁷.

81. Por último, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado también en esta sentencia sobre la alegación italiana de que el ejercicio de la jurisdicción constituía una “vía de último recurso” ante la imposibilidad de obtener satisfacción a la pretensión de las víctimas referida a la reparación por el daño sufrido. En relación con la misma, la Corte ha concluido que la inmunidad no depende de la existencia o no de un derecho a la reparación ni de la existencia de una vía de recurso alternativa para obtener tal finalidad¹⁷⁸.

82. En resumen, en este asunto la Corte Internacional de Justicia, siguiendo su jurisprudencia previa, ha mantenido la configuración de la inmunidad como una institución meramente procesal. Sin embargo, ha dado un paso más en el reforzamiento de la inmunidad del Estado al concluir que su existencia no entra en contradicción con las normas de *ius cogens* y que no resulta posible identificar la existencia de una excepción a dicha inmunidad basada en la violación grave de derechos humanos, derecho internacional humanitario u otras normas de *ius cogens*, ni tampoco la aplicabilidad de la “excepción territorial” en el caso de la inmunidad del Estado por actos *iure imperii*. Por último, podría pensarse que se separa también del modelo del recurso alternativo para evitar la impunidad que construyó en la sentencia del caso *Mandat d'arrêt*.

83. En una primera lectura, podría considerarse —*a priori*— que la posición de la Corte Internacional de Justicia puede tener influencia en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A ello ha contribuido, sin duda, el paralelismo inverso que la propia Corte parece establecer en el siguiente considerando de la sentencia entre el presente caso y el asunto *Mandat d'arrêt*:

aunque sin mencionar expresamente la noción de *ius cogens*, [la Corte] consideró [en el caso *Mandat d'arrêt*] que el hecho de que un ministro de asuntos exteriores extranjero estuviese acusado de crímenes contrarios a normas que tienen indudablemente valor de *ius cogens* no impedía a la República Democrática del Congo pedir, tal y como le autoriza el derecho internacional, que el interesado se beneficie de la inmunidad. [...] [E]l mismo razonamiento vale para la aplicación del derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad de un Estado perseguido ante los tribunales de otro Estado¹⁷⁹.

84. E igualmente puede haber contribuido a ello el hecho de que la Corte Internacional de Justicia hace uso en su argumentación de la jurisprudencia nacional

¹⁷⁷ *Ibid.*, págs. 136 y 137, párrs. 83 y 84. En contra, véase la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Gaja.

¹⁷⁸ *Ibid.*, págs. 141 a 143, párrs. 99 a 101. En contra, véanse las opiniones disidentes de los magistrados Cançado Trindade y Yusuf, y la opinión individual del magistrado Bennouna.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pág. 141, párr. 95.

que, en ocasiones, está más referida al funcionario del Estado que al Estado en sí mismo considerado. Por ello, no es de extrañar que esta sentencia sea utilizada en ocasiones como un fundamento para excluir la existencia de cualquier límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado basada en la violación de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la comisión de crímenes internacionales¹⁸⁰.

85. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la propia Corte Internacional de Justicia señala de modo claro cuál es el ámbito al que se aplica la sentencia, que no es otro que la inmunidad del Estado entendida en sentido estricto. Así, baste con destacar que la Corte afirma que el caso *Pinochet* no es relevante a los efectos del caso que le ha sido sometido, porque aquel se refiere a la inmunidad de un individuo, no a la inmunidad del Estado, y, además, se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal y no frente a la jurisdicción civil¹⁸¹. Parece claro, pues, que la Corte está estableciendo una clara distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dicha conclusión queda aún más claramente de manifiesto en la siguiente afirmación de la Corte, que no admite duda respecto de su interpretación:

La Corte concluye que, en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se ve privado de la inmunidad por la sola razón de que esté acusado de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los conflictos armados. Al formular esta conclusión, la Corte quiere subrayar que no se pronuncia más que sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado en sí mismo considerado ante los tribunales de otro Estado: la cuestión de saber si y, en su caso, en qué medida la inmunidad se puede aplicar en el marco de procedimientos penales iniciados contra un representante del Estado no se plantea en este asunto¹⁸².

86. En consecuencia, aunque no es el objeto de este informe criticar los argumentos dados por la Corte Internacional de Justicia en su fallo *Immunités juridictionnelles de l'État*, y aceptando el valor abstracto que algunos de ellos pueden tener para definir el régimen de las inmunidades en derecho internacional, sí ha de advertirse que las conclusiones contenidas en el mismo no son trasladables de modo automático al régimen propio de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

87. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre cuestiones que revisten interés para el tratamiento de los límites y excepciones a la inmunidad en las sentencias recaídas en los casos *Al-Adsani c. Royaume-Uni*¹⁸³, *McElhinney c. Irlande*¹⁸⁴, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁸⁵ y *Jones et autres c. Royaume-Uni*¹⁸⁶.

¹⁸⁰ A título de ejemplo, véase en esta misma sección cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empleado esta sentencia como criterio de autoridad en el caso *Jones et autres c. Royaume-Uni*.

¹⁸¹ Véase *Immunités juridictionnelles de l'État*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 137, párr. 87.

¹⁸² *Ibid.*, pág. 139, párr. 91.

¹⁸³ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, de 21 de noviembre de 2001, demanda núm. 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*.

88. En todas ellas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que la aplicación de la inmunidad del Estado ante la jurisdicción civil no constituye, en sí misma, una violación del derecho de acceso a los tribunales reconocido en el artículo 6, párr. 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁷. Según el Tribunal, el derecho de acceso a la justicia puede admitir restricciones siempre que las mismas cumplan los siguientes requisitos: *a)* que estén previstas en la ley; *b)* que exista una relación de proporcionalidad entre los interés a proteger por la restricción y los límites al derecho que se producen como consecuencia de aquella; y *c)* que la restricción no suponga en realidad una pérdida absoluta del derecho de acceso a la justicia¹⁸⁸. A juicio del Tribunal la regla relativa a la inmunidad del Estado cumpliría los tres requisitos, ya que está recogida en una norma de derecho internacional consuetudinario, responde a un fin legítimo, que es la garantía del principio de igualdad soberana y el mantenimiento de relaciones estables y no conflictivas entre los Estados, y, además, no implica la desaparición completa del derecho al acceso a la justicia, puesto que los demandantes pueden intentar ejercer su derecho por otras vías, entre las que el Tribunal incluye tanto la judicial (un recurso ante los tribunales de otro Estado) como la diplomática o la negociación internacional a través del Estado de la nacionalidad de la víctima¹⁸⁹.

89. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que esta declaración de compatibilidad entre la inmunidad de jurisdicción y el derecho de acceso a la justicia es definida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los efectos de la inmunidad de jurisdicción civil del Estado, con la única excepción del asunto *Jones*, en el que se ha pronunciado sobre la inmunidad de jurisdicción civil de los funcionarios del Estado, aplicando a dicho supuesto las mismas conclusiones que ya había formulado anteriormente respecto de la inmunidad del Estado¹⁹⁰.

90. En segundo lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre las eventuales excepciones a la regla de la inmunidad, en particular respecto de la tortura y las normas de *ius cogens*, por un lado, y respecto de la denominada “excepción territorial”, por otro.

91. En relación con la primera de las cuestiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que, a pesar de la gravedad inherente a todo comportamiento constitutivo de una violación de una norma de derecho imperativo, y en particular la prohibición de la tortura, no es posible encontrar en el derecho internacional vigente ninguna norma que consagre una excepción a la inmunidad de jurisdicción civil del

¹⁸⁴ *McElhinney c. Irlanda*, demanda núm. 31253/96, Gran Sala, fallo de 21 de noviembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XI.

¹⁸⁵ Demanda 59021/00, sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-X.

¹⁸⁶ *Jones et autres c. Royaume-Uni* (demandas núms. 34356/06 y 40528/06), sentencia de 2 de junio de 2014.

¹⁸⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950). Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243-1979, 10 de octubre de 1979.

¹⁸⁸ Véanse asuntos *Al-Adsani*, párr. 53; *Kalogeropoulou*; *McElhinney*, párr. 34; y *Jones*, párrs. 186 y 187.

¹⁸⁹ Véanse asuntos *Al-Adsani*, párrs. 54 a 56; *Kalogeropoulou*; *McElhinney*, párrs. 35 a 40; y *Jones*, párrs. 188 y 189.

¹⁹⁰ Véase asunto *Jones*, párrs. 204 a 206.

Estado basada en la violación de una norma de *ius cogens*¹⁹¹. A ello ha de añadirse que en el caso *Kalogeropoulou* la conclusión del Tribunal sigue lo ya dicho en el caso *Al-Adsani* sin aportar nuevos argumentos, añadiendo que el demandante podría obtener la satisfacción de su reclamación por vías alternativas¹⁹². Por último, en relación con el caso *Jones*, ha de destacarse que aunque el Tribunal se ha pronunciado en contra de modificar su posición previa, ha justificado dicha decisión, en alguna medida, en la incertidumbre existente en el derecho internacional sobre el régimen de las excepciones, refiriéndose —entre otras cuestiones— al hecho de que la Comisión está trabajando sobre el tema sin haber tomado una decisión al respecto y al hecho de que la práctica internacional está en cambio constante y refleja posiciones discrepantes sobre una posible excepción basada en la tortura¹⁹³. Junto a ello ha de destacarse que el Tribunal ha citado como criterio de autoridad el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁹⁴. Sin embargo, ha de recordarse igualmente que el Tribunal ha reconocido expresamente que parece existir “un apoyo emergente a favor de una norma especial o excepción en derecho internacional público en los casos relativos a declaraciones civiles por tortura” y que, por tanto, “a la luz de los desarrollos actualmente en curso en este área del derecho internacional público, es un tema que ha de ser mantenido en revisión por los Estados contratantes”¹⁹⁵.

92. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la afirmación de la inexistencia de dicha excepción ha sido objetada por un número no desdeñable de miembros del Tribunal, que han formulado opiniones disidentes en los casos *Al-Adsani*, *Kalogeropoulou* y *Jones*, en las que han puesto el énfasis en la caracterización de la prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens* que, por ello, se encuentra en una posición de superioridad sobre cualquier otra norma de derecho internacional que no responda a dicha categoría, incluidas las normas de derecho internacional que rigen la inmunidad de jurisdicción civil. Dichas opiniones tienen un especial peso en el caso *Al-Adsani* teniendo en cuenta el estrecho margen de la mayoría por la que fue adoptada la sentencia (nueve votos frente a ocho)¹⁹⁶.

93. Por su parte, la denominada “excepción territorial” ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *McElhinney*, en el que concluyó la inexistencia de la misma en relación con los hechos que son objeto de controversia, a saber: los malos tratos infligidos por un miembro de las fuerzas armadas del Reino Unido a un ciudadano irlandés en el territorio de Irlanda en el marco de unos hechos que se producen en el cruce de la frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal realiza una interpretación restrictiva de la excepción territorial, que considera aplicable únicamente a los denominados “daños asegurables” vinculados con actividades *iure gestionis*. Frente a ello, entiende que los actos litigiosos son inequívocamente actos

¹⁹¹ Véanse asuntos *Al-Adsani*, párrs. 58, 61 y 63; y *Jones*, párrafo 215.

¹⁹² Véase asunto *Kalogeropoulou*.

¹⁹³ Véase asunto *Jones*, párrs. 95 a 154 y 193 a 195. Por el contrario, la necesidad de proceder a una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani* fue sostenida por la jueza Kalaydjieva en su opinión disidente. Aunque con una finalidad distinta, véase también la opinión concurrente del juez Bianku.

¹⁹⁴ Véase asunto *Jones*, párr. 198.

¹⁹⁵ Véase asunto *Jones*, párrs. 213 y 215.

¹⁹⁶ Véase la opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis y Caflisch, a la que se adhieren los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic. Véase también la opinión disidente del juez Loucaides en el asunto *McElhinney*.

realizados a título oficial, propios del *ius imperii*, de los que es responsable el Reino Unido, de donde deduce que es la inmunidad de jurisdicción civil del Reino Unido la que está en juego¹⁹⁷. Por otro lado, debe destacarse el hecho de que el Tribunal parece haber atribuido una gran importancia en su razonamiento al hecho de que el demandante habría tenido a su disposición la posibilidad de utilizar otras vías de recurso para satisfacer sus pretensiones, en especial la posibilidad de introducir una demanda ante los tribunales del Reino Unido¹⁹⁸.

94. En tercer lugar, ha de llamarse la atención especialmente sobre el hecho de que, a pesar de su negativa a reconocer la existencia de una excepción, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido de forma inequívoca que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* y que dicha prohibición tiene una naturaleza absoluta, sin que sea posible alegar excepción alguna a la obligación que se deriva de la misma cuando lo que está en juego es la violación misma de la prohibición de la tortura y no ningún otro derecho que pueda estar relacionado incidentalmente con dicha prohibición en sí misma considerada¹⁹⁹. En consecuencia, hay que destacar que en el asunto *Al-Adsani* el Tribunal no ha definido a la inmunidad de jurisdicción civil como una institución que impida ejercer la jurisdicción de los tribunales británicos a fin de sancionar penalmente un acto de tortura, sino como una institución que permite bloquear los tribunales británicos para reclamar una indemnización a un Estado extranjero por los actos de tortura que cometieron sus funcionarios²⁰⁰. Un argumento que, sin duda, merece la pena retener en el presente informe.

95. En cualquier caso, y al margen de los pronunciamientos concretos formulados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil del Estado en las sentencias analizadas, de las mismas es posible extraer una serie de elementos que son relevantes a los efectos del presente informe, a saber:

a) La inmunidad de jurisdicción civil del Estado se concibe como una excepción o límite al derecho al acceso a los tribunales y, por tanto, como una excepción al ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro.

b) Dicha restricción, aun siendo compatible con el derecho de acceso a la justicia, no puede dar lugar a una pérdida total del derecho mismo, habiendo introducido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la formulación de las vías de recurso alternativas de acción que ya había sido empleada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt*.

¹⁹⁷ Véase *McElhinney*, en especial párr. 38. En contra, véanse la opinión disidente del juez Rozakis, la opinión disidente conjunta de los jueces Caflisch, Cabral Barreto y Vajic, y la opinión disidente del juez Loucaides.

¹⁹⁸ Véase el párrafo 39. Téngase en cuenta que esta afirmación ha sido objeto de contestación por parte de algunos de los jueces del Tribunal que o bien consideran que dicha vía alternativa no existía realmente o bien consideran que su existencia no es relevante en el caso en cuestión, ya que los hechos se produjeron en Irlanda, contra un nacional irlandés y, por tanto, es la jurisdicción territorial irlandesa la que en primer lugar debe ofrecer a su propio nacional una vía de recurso. Véanse la opinión disidente del juez Rozakis, la opinión disidente conjunta de los jueces Caflisch, Cabral Barreto y Vajic, y la opinión disidente del juez Loucaides.

¹⁹⁹ Véase *Al-Adsani*, párr. 59.

²⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 40 y 41.

c) La prohibición de la tortura es definida, en sí misma, como una norma de *ius cogens*, que establece una prohibición absoluta de comportamiento que no permite derogación alguna.

Si a estos elementos le añadimos el hecho de que el propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos circunscribe, directa o implícitamente, sus pronunciamientos a la inmunidad de jurisdicción civil del Estado²⁰¹, no parece posible concluir que las sentencias en cuestión constituyen una base suficiente para confirmar el carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ni la inexistencia de excepciones a la misma.

3. Tribunales penales internacionales

96. Por su parte, diversos tribunales penales internacionales se han referido a la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado en el ejercicio de su propia jurisdicción. Aunque las decisiones adoptadas por los mismos lo son en el marco de una jurisdicción penal internacional, algunos de los argumentos contenidos en dichas decisiones son relevantes para el presente informe, ya que se refieren a cuestiones de alcance general o a la forma en que la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado opera ante los tribunales penales nacionales.

97. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se refirió ya a la imposibilidad de tomar en consideración el cargo oficial de los acusados o el hecho de que actuaran conforme a órdenes recibidas como elementos que permitieran excluir la responsabilidad de los acusados, añadiendo, además, que los crímenes bajo su competencia reflejaban la existencia de obligaciones jurídicas que el derecho internacional impone directamente a los individuos que, por ello, no podían liberarse de responsabilidad o procesamiento por su conexión con el Estado. La Comisión tuvo en cuenta los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg (Principios de Nuremberg), que son analizados *infra* y que han formado uno de los referentes constantes de sus trabajos en relación con otros temas tales como el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁰². Además, debe recordarse que las contribuciones del Tribunal de Nuremberg a la definición del principio de responsabilidad penal individual constituyen también el punto de partida para el moderno derecho internacional penal. Sin embargo, en las siguientes páginas se analizarán con más detalle las decisiones adoptadas por los tribunales penales internacionales que han venido desempeñando sus funciones desde finales del siglo XX.

98. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha pronunciado respecto de la relación entre la inmunidad de la que se benefician los funcionarios del Estado y los crímenes internacionales, afirmando la existencia de una excepción a las normas que rigen la inmunidad *ratione materiae* tanto ante los tribunales penales internacionales como ante los nacionales. Así, en el caso *Blaškić*, afirmó que dicha excepción

²⁰¹ Véase lo ya dicho sobre este tema en el tercer informe (documento A/CN.4/673, párr. 43) y en el cuarto informe de la Relatora Especial (documento A/CN.4/686, párrs. 45 y 46, y primera nota al párrafo 46).

²⁰² Véase la sección E *infra*.

surge de las normas de derecho internacional penal que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Conforme a dichas normas, los responsables de tales crímenes no pueden invocar la inmunidad frente a las jurisdicciones nacionales o internacionales, incluso si han cometido dichos crímenes actuando a título oficial²⁰³.

99. La misma posición ha sido mantenida por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en otros asuntos, incluso en relación con la inmunidad *ratione personae*, si bien ha de destacarse que en esos casos parece limitar la excepción al ejercicio de su propia jurisdicción, sin extenderla a los casos sustanciados ante tribunales nacionales²⁰⁴. Además, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia — apoyándose en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg²⁰⁵ — ha formulado dicha excepción con carácter general, al afirmar que

sería incorrecto sugerir que tal inmunidad existe ante los tribunales penales internacionales²⁰⁶.

100. Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona se ha pronunciado también sobre la inoponibilidad de la inmunidad *ratione personae* en el caso *Taylor*, en que se sustanciaban acusaciones referidas a violaciones graves del derecho internacional humanitario. En esta decisión el Tribunal no basa su afirmación en el tipo de crímenes cometidos sino en la naturaleza misma del Tribunal Especial, considerado como una jurisdicción penal internacional. Así, frente a la alegación de que la inmunidad *ratione personae* protegía a Taylor, la Sala de Apelaciones afirmó que la inmunidad

se deriva de la igualdad soberana de los Estados y, por tanto, no tiene relevancia ante los tribunales penales internacionales que no son órganos de un Estado sino que reciben su mandato de la comunidad internacional²⁰⁷;

concluyendo, en consecuencia, que

la igualdad soberana del Estado no impide que un Jefe de Estado sea enjuiciado por un tribunal o corte penal internacional²⁰⁸.

101. La cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado, en especial —pero no solo— la inmunidad *ratione personae*, se ha suscitado igualmente ante la Corte

²⁰³ Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997, párr. 41, segundo apartado.

²⁰⁴ Véanse los siguientes casos: *Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mico Stanišić*, caso IT-95-5-D, Demanda formal de renuncia a la jurisdicción por la República de Bosnia-Herzegovina, sentencia de la Sala de Primera Instancia, 16 de mayo de 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, párr. 24; *Slobodan Milošević*, caso IT-02-54-T, excepciones preliminares, decisión de la Sala de Primera Instancia, 8 de noviembre de 2001, párr. 31; *Anto Furundžija*, caso IT-95-17/1-T, sentencia de la Sala de Primera Instancia II, 10 de diciembre de 1998, *ibid.*, 1998, párr. 140; *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, casos IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, sentencia de la Sala de Primera Instancia I, 22 de febrero de 2001, párr. 494.

²⁰⁵ Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexoado al Acuerdo de Londres relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279).

²⁰⁶ Véase *Radislav Krstić*, caso IT-98-33-A, decisión sobre *subpoenas* de la Sala de apelaciones, de 1 de julio de 2003, párr. 26.

²⁰⁷ *Taylor*, caso SCSL 2003-01-I, Sala de Apelaciones, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 51. Véase *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, pág. 264.

²⁰⁸ *Ibid.*, párr. 52.

Penal Internacional en relación con las situaciones en Darfur-Sudán, Libia y Kenya. Varios acusados han opuesto ante la Corte su condición oficial, y su consiguiente inmunidad, para no comparecer (o no hacerlo de manera continua) ante ella. En otros casos, en especial en el asunto *Al-Bashir*, el tema de la inmunidad se ha suscitado en relación con la obligación de cooperar con la Corte de conformidad con lo previsto en la parte IX del Estatuto de Roma.

102. Aunque en todos los casos el origen de la controversia se encuentra en el cumplimiento de órdenes de detención o comparecencia dictadas por la Corte Penal Internacional, finalmente dicha controversia se ha reconducido al problema del alcance de la jurisdicción de la Corte y la posibilidad o no de oponerle una “barrera procesal” al ejercicio de la misma. Y en todos los casos la Corte Penal Internacional ha concluido que ni la inmunidad *ratione personae* ni la inmunidad *ratione materiae* le resultan oponibles.

103. En relación con la situación en Darfur-Sudán, la Corte Penal Internacional se ha pronunciado sobre la inoponibilidad de la inmunidad en los asuntos *Al-Bashir* (*ratione personae*) y *Abdel Hussein* (*ratione materiae*). En ambos casos, al dictar la orden de arresto, la Sala de Cuestiones Preliminares ha basado la inoponibilidad de la inmunidad de los citados funcionarios del Estado en la previsión contenida en el artículo 27 del Estatuto y en los poderes del Consejo de Seguridad de remitir un caso a la Corte en virtud de lo previsto en el artículo 13, apdo. b, del Estatuto. En una interpretación conjunta de ambas disposiciones, la Corte Penal Internacional concluyó que la irrelevancia del cargo oficial y la inoponibilidad de las inmunidades nacionales e internacionales se aplican plenamente a los casos de Darfur, con independencia de que dicho Estado no sea parte en el Estatuto de Roma, afirmando que

al remitir la situación de Darfur a la Corte, de conformidad con el artículo 13, b), del Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aceptado también que la investigación sobre dicha situación, así como la persecución que surja de la misma, se desarrollarán de conformidad con el marco estatutario previsto en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas en su conjunto²⁰⁹.

104. Junto a ello, la Corte Penal Internacional confirmó su jurisdicción en términos finalistas vinculándola al objetivo esencial de luchar contra la impunidad y asegurar la persecución efectiva de las personas acusadas de haber cometido los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto.

105. Este mismo planteamiento ha sido seguido por la Corte Penal Internacional al pronunciarse sobre el deber de cooperación de la República Democrática del Congo a fin de detener y entregar al Presidente Al-Bashir, en cuyo marco ha concluido que el mismo no goza de inmunidad conforme al derecho internacional ya que la misma ha sido implícitamente retirada por el Consejo de Seguridad que, además, ha

²⁰⁹ Véase *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, caso ICC-02/05-01/09, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la solicitud del Fiscal de una orden de arresto, de 4 de marzo de 2009, párr. 45. Téngase en cuenta que la Corte se había declarado previamente competente para enjuiciar a una persona que no es nacional de un Estado parte y que presuntamente ha cometido crímenes de competencia de la Corte en el territorio de un Estado no parte, sobre la base de la decisión tomada por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 13, apdo. b, del Estatuto (*ibid.*, párrs. 41 y 43). Véase en un sentido similar, *Abdel Raheem Muhammad Hussein*, caso ICC-02/05-01/12, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la petición del Fiscal conforme al artículo 58, de 1 de marzo de 2012, párr. 8.

impuesto a Sudán una obligación general de cooperar con la Corte²¹⁰. Una argumentación similar ha sido seguida por la Corte en los casos *Muammar Gaddafi*, *Saif Al-Islam Gaddafi* y *Al-Senussi* en la situación de Libia²¹¹.

106. Por el contrario, en los casos *Kenyatta* y *Ruto*, en la situación de Kenya, la Corte Penal Internacional no se refiere expresamente al citado argumento. En ambos casos, respondiendo a una petición de la defensa de que los acusados puedan ausentarse del juicio para atender adecuadamente a sus funciones como Presidente y Vicepresidente de Kenya, la Corte afirma no poder tomar en consideración estas circunstancias ya que como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial

la norma de la inmunidad fue revisada a favor de la jurisdicción de los tribunales internacionales para juzgar a los Jefes de Estado y otros altos funcionarios públicos por violaciones del derecho internacional penal²¹².

A juicio de la Corte, el artículo 27 del Estatuto de Roma se limita a recibir este principio²¹³.

107. Un planteamiento similar al que se refleja en los casos *Kenyatta* y *Ruto* había sido seguido anteriormente por la Corte en los casos en que tuvo que pronunciarse sobre la falta de cooperación de Malawi y el Chad en la detención del Presidente Al-Bashir, en los que afirmó que

el derecho internacional consuetudinario ha creado una excepción a la inmunidad del Jefe de Estado cuando los tribunales internacionales solicitan el arresto de un Jefe de Estado por la comisión de crímenes internacionales²¹⁴.

108. En resumen, las decisiones analizadas *supra* permiten concluir que los tribunales penales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, han rechazado de forma absoluta la posibilidad de que la inmunidad de los funcionarios del Estado, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, sea oponible ante dichas

²¹⁰ Véase caso ICC-02/05-01/09, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo en relación con la detención de Omar Al Bashir y su entrega a la Corte Penal Internacional, de 9 de abril de 2004, párr. 29.

²¹¹ Véase *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, caso ICC-01/11, Sala de Cuestiones Preliminares, decisión sobre la petición del Fiscal conforme al artículo 58, de 27 de junio de 2011, párr. 9.

²¹² Véase *William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, caso ICC-01/09-01/11-777, Sala de Primera Instancia V (A), decisión sobre la petición del Sr. Ruto de excusar su presencia continuada en el juicio, 18 de junio de 2013, párr. 67. Téngase en cuenta que, en los párrafos 66 a 70 de esta decisión, la Sala de Primera Instancia se refiere a los precedentes del Tribunal de Nuremberg, a los de otros tribunales penales internacionales, a la Carta de las Naciones Unidas y a los propios trabajos de la Comisión para fundamentar su decisión.

²¹³ *Ibid.*, párrafo 69. Véase en el mismo sentido *Uhuru Muigal Kenyatta*, caso ICC-01/09-02/11-830, Sala de Primera Instancia V (B), decisión sobre la petición de la defensa de la excusa condicional de la presencia continua en el juicio, 18 de octubre de 2013, opinión separada concurrente del juez Eboe-Osuji, párr. 32.

²¹⁴ Véase la Decisión adoptada en aplicación del artículo 87.7 del Estatuto de Roma relativa al incumplimiento por la República de Malawi de la petición de cooperación emitida por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmed Al-Bashir, de 12 de diciembre de 2011 (Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/05-01/09-139, párr. 43). El mismo argumento ha sido reproducido en la Decisión adoptada en aplicación del artículo 87, párr. 7, del Estatuto de Roma relativa al incumplimiento por la República del Chad de la petición de cooperación emitida por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmed Al-Bashir, de 13 de diciembre de 2011 (Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-02/05-01/09-140, párr. 13 *in fine*).

jurisdicciones. Además, de manera excepcional, algunas de ellas han extendido dicha afirmación a los tribunales nacionales. Además, ha de destacarse que las decisiones adoptadas por los tribunales penales internacionales en relación con este tema han puesto sobre la mesa la problemática especial que se plantea en torno a la cooperación de los tribunales nacionales con las jurisdicciones internacionales y la incidencia que ello puede tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Esta problemática será analizada más adelante en el presente informe²¹⁵.

D. Práctica judicial nacional

109. La práctica judicial nacional referida a las personas que se benefician de la inmunidad y a los actos que quedarían cubiertos por la misma ha sido ya analizada en el tercer y cuarto informes de la Relatora Especial²¹⁶. En esta sección se procede al análisis de las decisiones de los tribunales nacionales en la medida en que se han pronunciado sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad en determinadas circunstancias y, por consiguiente, contienen determinaciones que resultan relevantes a los efectos del estudio de los límites y las excepciones a la inmunidad. Por razones expositivas se analizan a continuación estas decisiones judiciales distinguiendo según que se hayan referido a la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae*. Aunque el análisis de la práctica se centra preferentemente en las decisiones emanadas de tribunales penales, al igual que en anteriores informes se han tenido en cuenta decisiones emanadas de órganos de la jurisdicción civil cuando ello se ha considerado útil.

110. Comenzando con el estudio de las decisiones referidas a la inmunidad *ratione personae*, ha de señalarse en primer lugar que, de manera casi unánime, los tribunales penales nacionales han sostenido que los Jefes de Estado (y en ocasiones algunos otros funcionarios de alto nivel) se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera durante el tiempo en que se encuentran en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales han admitido la aplicabilidad plena de la inmunidad a diversos delitos²¹⁷, incluidos los crímenes internacionales²¹⁸. Dicha afirmación se

²¹⁵ Véase el capítulo III, secc. B.

²¹⁶ Véanse documento A/CN.4/673, párrs. 29 a 38, y documento A/CN.4/686, párrs. 49 a 60.

²¹⁷ Véanse los siguientes casos: *Re Honecker*, República Federal de Alemania, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 14 de diciembre de 1984, ILR, vol. 80, pág. 366 (se trata de un procedimiento penal contra el entonces Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática de Alemania —equivalente al Jefe de Estado— por privación ilegal de libertad); *In re Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párrs. 10 a 15, citados en Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 151 (se trataba de un proceso contra el Jefe de Estado de Iraq, Saddam Hussein, por toma de rehenes y utilización de los mismos para defender objetivos durante la Segunda Guerra del Golfo; el Tribunal consideró que no se trataba de crímenes de derecho internacional); *In re Bouteflika*, Francia, Tribunal de Casación, casación penal núm. 01-83440, sentencia de 13 de noviembre de 2001 (se trata de un caso de difamación e insultos públicos);

²¹⁸ Véanse los siguientes casos: *Teodoro Obiang Nguema y Hassan II*, España, Audiencia Nacional, auto del Juzgado central de instrucción núm. 5, de 23 de diciembre de 1998; *Fidel Castro*, España, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, auto 1999/2723, de 4 de marzo de 1999 (también autos del Juzgado central de instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 1998 y 4 de noviembre de 1999); *Milosevic*, España, Audiencia Nacional, auto del juzgado de instrucción núm. 1, de 25 de octubre de 1999; *Alan García Pérez y Alberto Fujimori*, España, Audiencia Nacional, auto de 15 de junio de 2001; *Silvio Berlusconi*, España, Audiencia

fundamenta en la existencia de principios o normas de derecho internacional consuetudinario. En algunas ocasiones, además, el pronunciamiento a favor de la inmunidad *ratione personae* se ha realizado en la forma de un *obiter dictum* en casos relacionados con la inmunidad *ratione materiae*²¹⁹ y, en otras, dicha declaración es el resultado del ejercicio de poderes discrecionales reconocidos al Fiscal General de un Estado o a otros órganos cuando su intervención o autorización es necesaria para que se pueda iniciar el procedimiento penal²²⁰. Por último, ha de tenerse en cuenta que si bien los tribunales nacionales se han pronunciado habitualmente sobre la inmunidad en el marco de un proceso dirigido contra un concreto funcionario del Estado, con carácter extraordinario algún tribunal ha emitido su opinión en el marco de un procedimiento de carácter consultivo²²¹.

Nacional, auto núm. 262/97, de 27 de mayo de 2002; *Re Sharon and Yaron, HSA v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron)*, Corte de Casación de Bélgica, 12 de febrero de 2003, ILR, vol. 127, pág. 123 (los crímenes supuestamente cometidos de los que se le acusaba eran el genocidio, los crímenes de guerra y violaciones graves de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales); *Hugo Chávez*, España, Audiencia Nacional, Juzgado central de instrucción núm. 4, de 24 de marzo de 2003; *Re Mofaz*, Reino Unido, Bow St. Magistrates' Court, sentencia de 12 de febrero de 2004, ILR, vol. 128, pág. 712 (se trata de una solicitud de orden de arresto contra el Ministro israelí de Defensa acusado de graves violaciones de los Convenios de Ginebra); *Tatchell c. Mugabe*, Reino Unido, Bow St. Magistrates' Court, sentencia de 14 de enero de 2004, ILR, vol. 136, pág. 573 (se trata de una solicitud de orden de arresto contra el Jefe de Estado de Zimbabwe acusado de actos de tortura); *The Hague City Party c. Países Bajos*, Países Bajos, Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 4 de mayo de 2005, LJN AT5152, KG 05/432, párr. 3.6 (se trata de un curioso caso en que el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, fue acusado por los poderes que le otorgaba la Ley de protección de los miembros del servicio americano, de 2001, conforme a la cual podía ordenar el uso de la fuerza, en determinadas circunstancias, en relación con personas bajo custodia de la Corte Penal Internacional); *Re Bo Xilai*, Reino Unido, Bow St. Magistrates' Court, sentencia de 8 de noviembre de 2005, ILR, vol. 128, pág. 714 (se trata de una solicitud de orden de arresto contra el Ministro de Comercio chino acusado de delito de tortura); *Rwanda (Kagame)*, España, Audiencia Nacional, auto de procesamiento núm. 3/2008, de 6 de febrero de 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC) 1198 (ES 2008), párr. 4 (la Audiencia Nacional decretó el no procesamiento del Presidente Kagame por genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y actos de terrorismo, mientras que sí procesó a otras personas que responden a la categoría de funcionario del Estado a las que —por tanto— no reconoció implícitamente la inmunidad *ratione materiae*).

²¹⁹ Véase *Re Pinochet*, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, ILR, vol. 119, págs. 345 y 349.

²²⁰ Véanse los siguientes casos: *In re Rajapaksa*, decisión del Fiscal General de Australia, de 25 de octubre de 2011, citado en Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 139 (se trataba del intento de procesamiento del Jefe de Estado de Sri Lanka, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad); *In re Jiang*, Alemania, Fiscal General Federal del Tribunal Supremo Federal, 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2, párr. 1 (se trataba de un proceso contra el antiguo Jefe de Estado chino, Jiang Zemin, acusado de genocidio, crímenes contra la humanidad y tortura). El Fiscal General Federal se pronunció tanto sobre la inmunidad *ratione materiae* como sobre la inmunidad *ratione personae*; *Laurent Kabila*, en respuesta a una denuncia contra el Jefe de Estado de la República Democrática del Congo, el Fiscal de la República decidió retirar el asunto del registro sobre la base de la aplicación de la inmunidad (citado por Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, pág. 152).

²²¹ En este sentido, véase el asunto *Sesay (Issa) and ors v. President of the Special Court for Sierra Leone and ors*, Sierra Leona, Corte Suprema, sentencia de 14 de octubre de 2005, SC núm. 1/2003, ILDC 199 (SL 2005), párr. 52 (consultada sobre el alcance de la inmunidad de un Jefe de Estado ante los tribunales de un Estado extranjero, concluyó que la misma se aplicaba con independencia de que la misma no se pudiera alegar ante tribunales internacionales).

111. En algunos casos los tribunales han concluido que la inmunidad *ratione personae* solo podría dejar de aplicarse si un tratado internacional establece claramente la renuncia, levantamiento o inoponibilidad de dicha inmunidad o establece una excepción al respecto²²². Y solo con carácter extraordinario, algún tribunal se ha pronunciado en favor de la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione personae* en el caso de crímenes de derecho internacional²²³, o se han referido a la existencia de excepciones a dicha categoría de inmunidad que no han sido concretadas posteriormente sino por una mención genérica a las “disposiciones específicas [...] que obliguen a las partes concernidas”²²⁴. Por último, ha de señalarse que en un caso relacionado con actos de corrupción un tribunal francés ha declarado que un Jefe de Estado en ejercicio no se beneficia de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de dicha categoría de actos²²⁵.

112. La aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* ha sido también declarada por los tribunales civiles incluso en los casos en que la reclamación dirigida contra un Jefe de Estado estaba relacionada con la comisión de graves crímenes²²⁶. Esta declaración ha sido igualmente formulada en algún *obiter dictum* de sentencias

²²² En este sentido, véanse los siguientes casos: *Re Sharon and Yaron, HSA v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron)*, Corte de Casación de Bélgica, 12 de febrero de 2003, ILR, vol. 127, págs. 123 y 124 (la Corte de Casación belga consideró que no cumplían dichos requisitos ni la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, ni el Estatuto de Roma, ni tampoco los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales); *The Hague City Party c. Países Bajos*, Países Bajos, Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 4 de mayo de 2005, LJN AT5152, KG 05/432, párr. 3.6 (el Tribunal consideró en este caso que la única excepción a la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio era el artículo 27 del Estatuto de Roma);

²²³ Véase *In re Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000 (aunque el Tribunal estimó la inmunidad *ratione personae* del Presidente de Iraq, afirmó que dicha inmunidad podría ceder ante la comisión de crímenes de derecho internacional que, sin embargo, no estimó que se hubieran producido en el caso).

²²⁴ Véase asunto *Gadafi*, Francia, Corte de Casación, sentencia de 13 de marzo de 2001, casación criminal núm. 1414, ILR, vol. 125, pág. 509. En su sentencia la Corte de Casación afirmó que los delitos de terrorismo de los que se acusaba al Jefe de Estado de Libia “en el actual estadio del derecho internacional los crímenes alegados, aunque graves, no constituyen una excepción al principio de la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado extranjero en ejercicio”. La sentencia no indica cuales sean esas excepciones, limitándose a afirmar que “la costumbre internacional protege a los Jefes de Estado en ejercicio de ser objeto de procedimientos ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones específicas en contrario obligatorias para las partes concernidas”. En todo caso declaró la inmunidad *ratione personae* de Gadafi. En relación con este caso, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal de Apelaciones de París había rechazado la inmunidad alegando que existe “una práctica generalmente aceptada como derecho por todos los Estados, incluida Francia, de conformidad con la cual la inmunidad de enjuiciamiento solo cubre aquellos actos de poder público o de poder administrativo realizados por el Jefe de Estado entre los que no pueden considerarse incluidos los crímenes internacionales” (Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000, ILR, vol. 125, pág. 498).

²²⁵ Véase el asunto *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Francia, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; y Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda sala de instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

²²⁶ Véase Bélgica, *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruselas, sentencia de 29 de diciembre de 1988, ILR, vol. 91, pág. 260 (se trata de un caso dirigido contra el Presidente Mobutu, Jefe de Estado del Zaire).

civiles²²⁷. Sin embargo, con carácter excepcional algún tribunal ha circunscrito la inmunidad *ratione personae* de un Jefe de Estado en ejercicio a los actos oficiales, excluyéndola respecto de los actos privados²²⁸.

113. Un análisis especial merecen las sentencias adoptadas por los tribunales sudafricanos en relación con la pretensión de que las autoridades de dicho país procediesen a la detención del Presidente Al-Bashir en cumplimiento de la orden de detención cursada por la Corte Penal Internacional. Tanto el Tribunal Superior de Sudáfrica como el Tribunal Supremo de Apelaciones han declarado inaplicable la inmunidad *ratione personae* de un Jefe de Estado extranjero en ejercicio²²⁹. Sin embargo, dichas decisiones están basadas en la obligación de cooperar con la Corte y en la propia legislación sudafricana que declara expresamente la imposibilidad de reconocer la inmunidad a ningún funcionario del Estado extranjero que haya cometido crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. La sentencia del Tribunal Supremo de Apelación ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, estando pendiente su sustanciación en el momento de terminar la redacción del presente informe.

114. La inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios de un Estado extranjero ha dado lugar a un mayor número de sentencias por parte de los tribunales penales nacionales. En dichas sentencias las posiciones adoptadas por los Estados son menos uniformes, si bien puede concluirse que los tribunales internos han venido aceptando en un cierto número de casos la existencia de límites y excepciones a la inmunidad en los supuestos referidos a la comisión de crímenes internacionales²³⁰,

²²⁷ Véase *Margellos c. República Federal de Alemania*, Grecia, Tribunal Supremo Especial, sentencia de 17 de septiembre de 2002, ILR, vol. 129, pág. 532 (se trataba de una demanda por daños y perjuicios contra Alemania, por actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal afirmó que, a pesar de los desarrollos producidos en el derecho internacional, la inmunidad de los altos funcionarios de un Estado extranjero seguía existiendo incluso cuando los mismos hubiesen sido acusados de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad).

²²⁸ Véase el asunto *Mobutu y República del Zaire c. Société Logrine*, Francia, Tribunal de Apelación de París, sentencia de 31 de mayo de 1994, ILR, vol. 113, pág. 484.

²²⁹ Caso *Southern Africa Litigation Center* (nota 33 *supra*), sección 28.

²³⁰ Véanse los siguientes asuntos: *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), United Kingdom House of Lords (UKHL) 17, [2000] 1 A.C. 147; *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de primera instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, ILR, vol. 119, pág. 349; *In re Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones); *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Amsterdam, sentencia de 20 de noviembre de 2000 (aunque el Tribunal Supremo casó la sentencia posteriormente, no lo hizo en relación con la inmunidad sino en virtud de la violación del principio de irretroactividad y del alcance restringido de la jurisdicción universal, véase sentencia de 18 de septiembre de 2001); *Ariel Sharon y Amos Yaron*, Bélgica, Tribunal de Casación, sentencia de 12 de febrero de 2003, ILR, vol. 127, pág. 123 (aunque reconoció la inmunidad *ratione personae* a Ariel Sharon, procesó a Amos Yaron, que cuando se cometieron los hechos era jefe de las fuerzas armadas israelíes que participaron en las matanzas de Sabra y Chatila); *Fujimori*, Chile, Corte Suprema, juez de primera instancia, sentencia de 11 de julio de 2007, asunto núm. 5646-05, párrafos 15-17 (la decisión se sustancia en un proceso de solicitud de extradición por graves violaciones de derechos humanos y corrupción); *H. c. Fiscal público*, Países Bajos, Tribunal Supremo, sentencia de 8 de julio de 2008, ILDC 1071 (NL 2008), párr. 7.2; *Lozano c. Italia*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008, ILDC 1085 (IT 2008), párr. 6; *A. contra Ministerio Público de la Confederación*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012, BB.2011.140; *FF v. Director of Public Prosecution (caso Príncipe Nasser)*, Hight

crímenes de corrupción o vinculados con los mismos²³¹, así como respecto de otros actos de trascendencia internacional tales como el terrorismo, el sabotaje, o la destrucción de bienes y producción de la muerte o daños en personas relacionados con los anteriores²³². Además, ha de tenerse en cuenta que los tribunales nacionales han procesado en un cierto número de casos a funcionarios de un tercer Estado por crímenes internacionales sin pronunciarse expresamente sobre la inmunidad²³³.

Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.) (El interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una "*order consented*", es decir sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el Director de Acusación Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados al Príncipe Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*). En el marco de un procedimiento civil el Tribunal Supremo italiano ha afirmado igualmente que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica ante la jurisdicción penal en los casos en que los funcionarios del Estado hayan cometido crímenes internacionales (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674). En el caso *Jones*, aunque la Cámara de los Lores reconoce la inmunidad ante la jurisdicción civil, reitera que la inmunidad de jurisdicción penal no es aplicable en caso de tortura (*Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.). Por último, debe destacarse que el Tribunal Superior Federal de Etiopía, aunque en el marco de un caso seguido contra un nacional etíope, afirmó la existencia de una norma de derecho internacional que impide aplicar la inmunidad a un antiguo Jefe de Estado cuando se le acusa de crímenes internacionales (*Fiscal especial c. Coronel Hailemariam*, Tribunal Superior Federal, sentencia de 9 de octubre de 1995, ILDC, 555 (ET 1995)).

²³¹ Véanse los siguientes casos: *Evgeny Adamov c. Departamento Federal de Justicia*, Suiza, Tribunal Federal, sentencia de 22 de diciembre de 2005, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II (se trata de un caso de apropiación indebida de fondos públicos); *Fujimori*, Chile, Corte Suprema, juez de primera instancia, sentencia de 11 de julio de 2007, asunto núm. 5646-05, párrs. 15 a 17 (la decisión se adopta en un proceso de solicitud de extradición por graves violaciones de derechos humanos y corrupción); *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013. Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

²³² Véanse los siguientes casos: Francia, *Affaire du DC 10 UTA*, Tribunal Especial de Instancia de París, sentencia de 10 de marzo de 1999 (seis funcionarios libios de distinto nivel fueron condenados en rebeldía a cadena perpetua como autores del atentado cometido en 1989 contra el vuelo DC 10 de la UTA, provocando la caída del avión sobre el desierto de Teneré y la muerte de 170 personas); *R. v. Mafart y Prieur/Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda, Tribunal Superior, Registro de Auckland, noviembre de 1985 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco *Rainbow Warrior*, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); *Association des familles des victimes du Joola*, Francia, Tribunal de Casación, sentencia 19 de enero de 2010, asunto núm. 09-84818 (se confirmó la orden de detención contra el Ministro de Transporte, el Jefe de personal de las Fuerzas Armadas y el Jefe de personal de la Armada por los hechos que dieron lugar al hundimiento del barco *Joola*);

²³³ Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Barbie* ante los tribunales franceses: *Federación Nacional de Deportados e Internados Resistentes y Patriotas y otros c. Barbie*, Francia, Tribunal de Casación, sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, ILR, vol. 78, pág. 125; *Federación Nacional de Deportados e Internados Resistentes y Patriotas y otros c. Barbie*, Tribunal de Instancia del Ródano, sentencia de 4 de julio de 1987, ILR, vol. 78, pág. 148; y Tribunal de Casación, sentencia de 3 de junio de 1988, ILR, vol. 100, pág. 330. Con anterioridad, el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el caso *Eichmann* le condenó por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el pueblo judío desestimando la pretensión del acusado de que, en su condición de Jefe del Departamento para asuntos judíos de la Gestapo sus actos debían considerarse como "actos de

115. No obstante, los argumentos utilizados por los tribunales nacionales para concluir la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* son variados. Así, mientras que para algunos tribunales la inmunidad debe excluirse por la gravedad de actos cometidos por el funcionario del Estado²³⁴, en otros casos se ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de normas de *ius cogens*²³⁵ o, incluso, en la consideración de que los actos en cuestión no pueden ser considerados como actos realizados a título oficial puesto que la comisión de dichos crímenes no puede considerarse en ningún caso como una función ordinaria del Estado o de un funcionario del Estado²³⁶.

116. Por su parte, los tribunales civiles han venido declarando igualmente la inaplicabilidad de la inmunidad en los mismos supuestos mencionados *supra*, habiendo fundado principalmente sus decisiones en el carácter de *ius cogens* de las normas internacionales violadas (esencialmente derechos humanos y prohibición de ciertos comportamientos como la tortura) y en la configuración de los actos que dan

Estado” (*Fiscal General c. Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310). Por su parte, la Audiencia Nacional de España ha procesado por crímenes internacionales a varios funcionarios extranjeros sin considerar necesario pronunciarse sobre la inmunidad: asuntos *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* y *Tíbet*. En el caso *Rwanda*, la Audiencia Nacional acordó, no obstante, excluir del procesamiento al Presidente Kagame en virtud de la inmunidad de que goza. De la misma manera, en el asunto *Tíbet*, la Audiencia Nacional excluyó del procesamiento al entonces Presidente Hu Jintao; sin embargo, tras terminar su mandato como Presidente de China, el Juzgado central de instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional acordó su procesamiento por auto de 9 de octubre de 2013, alegando que había dejado de beneficiarse de la “inmunidad diplomática”.

²³⁴ *Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310. En el caso *Ferrini*, los tribunales italianos se han basado tanto en la gravedad de los crímenes cometidos como en el hecho de que las conductas en cuestión son contrarias a normas de *ius cogens* (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674).

²³⁵ En el caso *Lozano*, el Tribunal de Casación italiano ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de derechos fundamentales, que tienen rango de normas de *ius cogens* y, por tanto, deben primar sobre las normas que regulan la inmunidad (*Lozano c. Italia*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008, ILDC 1085 (IT 2008), párr. 6). En el asunto *A. contra Ministerio Público de la Confederación*, el Tribunal Federal Penal de Suiza fundó su decisión en la existencia de una prohibición de cometer crímenes internacionales de carácter consuetudinario que el legislador suizo considera de *ius cogens*; destacando además la incoherencia de prohibir dichas conductas y al mismo tiempo seguir reconociendo una inmunidad *ratione materiae* que impediría el inicio de la investigación (*A. c. Ministerio Público de la Confederación*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012, BB.2011.140).

²³⁶ Véanse los siguientes asuntos: *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, ILR, vol. 119, pág. 349; *In re Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones). Por último, es de destacar que, en algunos asuntos, los tribunales alemanes han concluido la inaplicabilidad de la inmunidad sobre la base de que el Estado del funcionario había desaparecido y, por tanto, los acusados ya no gozaban de la condición de funcionarios. Son todos asuntos referidos a antiguos funcionarios de la República Democrática Alemana: *Guardias de fronteras*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 3 de noviembre de 1992, ILR, vol. 100, pág. 373; *Stoph*, Tribunal Constitucional Federal, sentencia de 21 de febrero de 1992, 2 BvR 1661/91, párr. 4; *Mauerschützen*, Tribunal Federal Constitucional, sentencia de 24 de octubre de 1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, párr. 127.

lugar a la demanda civil como actos *ultra vires* del funcionario que no pueden ser calificados como actos oficiales o que superan el marco ordinario de lo que es una función estatal²³⁷.

117. Por último, ha de destacarse que los tribunales nacionales, tanto civiles como penales, no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano, o aquellos vinculados con actos de corrupción²³⁸.

118. En todo caso, en un número reducido de asuntos, los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad *ratione materiae* incluso en relación con los crímenes antes mencionados²³⁹, apreciándose en alguna ocasión posiciones contradictorias en la jurisprudencia de los tribunales de un determinado Estado. Sin embargo, en alguno de estos supuestos la diferencia de posiciones es el resultado del distinto

²³⁷ En este sentido, un tribunal de Grecia ha considerado que los crímenes cometidos por las fuerzas armadas son actos atribuibles al Estado a los efectos de su responsabilidad internacional, pero no pueden ser considerados como actos soberanos a los efectos de la inmunidad del Estado (asunto *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Primera Instancia de Leivadia, sentencia de 30 de octubre de 1997).

²³⁸ Asuntos *Estados Unidos c. Noriega*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 11º circuito, sentencia de 7 de julio de 1997; *Jungquist c. Sheikh Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996; *Melleiro c. Isabel de Borbón, ex Reina de España*; *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, Sentencia de 25 de julio de 1916; *Ex Rey Farouk de Egipto c. s.a.r.l. Chistian Dior*, Tribunal de apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957; *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Tribunal de apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961; *Trajano c. Marcos*, Estados Unidos, 978 F. 2d 493 (9º circuito, 1992), ILR, vol. 103, pág. 521; *Doe c. Zedillo Ponce de León*; asunto *Jiménez c. Aristeguieta* (1962), ILR, vol. 32, pág. 353; *Jean-Juste c. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos), SD Fla; Suiza, *Adamov* (nota 231 supra); *República de Filipinas c. Marcos y otros* (1986), ILR, vol. 81, pág. 581; *República de Filipinas c. Marcos y otros (núm. 2)* (1987, 1988), ILR, vol. 81, pág. 609; *República de Haití c. Duvalier* [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido); *República Islámica del Irán c. Pajlavi* (1984), ILR, vol. 81, pág. 557 (Estados Unidos): en este caso fue el Gobierno de los Estados Unidos el que comunicó al Tribunal que la reclamación no era susceptible de ser bloqueada ni por aplicación del principio de inmunidad soberana ni por la doctrina del acto de Estado; *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013 y Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

²³⁹ Véanse los asuntos *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, Suiza, Tribunal Federal, sentencia de 2 de noviembre de 1989, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496. Véase también *Revue suisse de droit international et européen* (1991), pág. 535 e ILR, vol. 102, pág. 201 (se trataba de un caso sobre actividades financieras realizadas por el matrimonio Marcos durante el período en que Ferdinand Marcos era Presidente de Filipinas); Senegal, *Fiscal c. Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar, sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad); *Jiang Zemin*, Alemania, decisión del Fiscal General Federal de 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2 (el Fiscal General da al antiguo Jefe de Estado de China el mismo tratamiento que a un Jefe de Estado en ejercicio, basándose en la necesidad de garantizar el ejercicio de las funciones de un alto funcionario del Estado); *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006 (Jones No. 2), UKHL 2006, 26.

tratamiento dado a la inmunidad respecto de los mismos hechos dependiendo de que la misma se suscite ante los tribunales penales o civiles²⁴⁰.

119. Un análisis separado merece la práctica de los tribunales de los Estados Unidos, que se han pronunciado sobre la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado tanto por aplicación de las normas contenidas en la Ley de inmunidad soberana extranjera (solo ante la jurisdicción civil) como por aplicación de las reglas propias del *common law* (tanto ante la jurisdicción civil como penal), si bien esta segunda fórmula ha sido la seguida con carácter general tras la sentencia *Samantar* en la que la Corte Suprema ha declarado que la Ley de inmunidad soberana extranjera solo se aplica cuando la demanda se dirige contra el Estado en sentido estricto y no contra uno de sus funcionarios individualmente considerado²⁴¹. Conforme a la primera de las fórmulas (Ley de inmunidad soberana extranjera), la determinación de la inmunidad corresponde en exclusiva a los tribunales, mientras que en la segunda (*common law*) el Ejecutivo tiene la capacidad de calificar si una persona puede beneficiarse o no de la inmunidad, a través de una “sugerencia de inmunidad” que los tribunales han de respetar, no pudiéndose pronunciar de manera autónoma más que en los casos en que el Departamento de Estado no emita una sugerencia de inmunidad²⁴².

²⁴⁰ El distinto tratamiento de la inmunidad *ratione materiae* ante la jurisdicción civil y penal se ha producido de modo especial ante los tribunales del Reino Unido: véanse los casos *Pinochet (R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (núm. 3))*, UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147), *Jones c. Kingdom of Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.) y *Príncipe Nasser (FF v. Director of Public Prosecution (caso Príncipe Nasser))*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 [2004] EWHC 3419 (Admin.). En relación con esta práctica diferenciada, véase documento [A/CN.4/686](#), párr. 56. En el asunto *Bouzari c. Irán*, el Tribunal de Apelación de Ontario reconoció la inmunidad de jurisdicción civil del Irán (República Islámica del) en un caso de torturas, aunque para ello se refirió a la doctrina sentada por la Cámara de los Lores en el caso *Pinochet* a los efectos de distinguir entre la inmunidad de jurisdicción civil y la inmunidad de jurisdicción penal (2004 CarswellOnt 2681, 243 D.I.R. (4th) 406, 71 O.R. (3d) 675, 122 C.R.R. (2d) 26, 220 O.A.C. 1, párr. 91). Otro tanto sucedió en el caso *Fang c. Jiang Zemin* ante los tribunales de Nueva Zelanda, en que el Tribunal Superior declaró expresamente que la inmunidad no se aplicaría ante la jurisdicción penal en el caso de la comisión de tortura (sentencia de 21 de diciembre de 2006, ILR, vol. 141, pág. 717). Con un enfoque radicalmente contrario, el Tribunal de Casación italiano afirmó que la inaplicabilidad ante la jurisdicción penal de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado en los casos de comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, debía ser interpretada en el sentido de que la inmunidad del Estado tampoco podía ser aplicada cuando se planteaba contra el mismo una demanda civil por los mismos hechos (*Ferrini c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674).

²⁴¹ Asunto *Samantar c. Yousuf*, Estados Unidos 130 S Ct. 2278 (2010). En relación con la posición mantenida anteriormente por dichos tribunales, véase el asunto *Chuidian c. Filipinas*, Estados Unidos, 912 F.2d 1095 (9º circuito 1990), ILR, vol. 92, pág. 480.

²⁴² En relación con los cambios experimentados en el tratamiento de la inmunidad de los funcionarios del Estado por los tribunales de los Estados Unidos, véase, entre otros, John B. Bellinger III, «The Dog that Caught the Car: Observations of the Past, Present, and Future Approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, núm. 4 (octubre de 2011), págs. 819 a 835; Harold Hongju Koh, «Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, núm. 5 (noviembre de 2011), págs. 1141 a 1161; Chimène I. Keitner, «Annotated Brief of Professors of Public International Law and Comparative Law as *Amici Curiae* in Support of Respondents in *Samantar v. Yousuf*», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 3 (cuarto trimestre de 2011), págs. 609 a 632.

120. No obstante, en un número elevado de casos analizados conforme a la Ley de inmunidad soberana extranjera, los tribunales de los Estados Unidos han declarado inaplicable la inmunidad de jurisdicción en los casos en que se han cometido crímenes internacionales y violaciones de derechos humanos, que son considerados mayoritariamente como actos *ultra vires* que se realizan en beneficio exclusivo del funcionario, no forman parte de las funciones habituales del Estado o que atentan contra normas de *ius cogens*²⁴³. Ello no ha impedido, sin embargo, a los tribunales de los Estados Unidos reconocer en algunos casos la inmunidad *ratione materiae* incluso cuando los actos que originan la reclamación son constitutivos de crímenes internacionales o de graves violaciones de derechos humanos²⁴⁴. Este reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* se ha producido con mayor frecuencia cuando los tribunales han debido resolver aplicando únicamente las normas de *common law*, lo que se explica fundamentalmente por el gran peso que tiene en dicho sistema la opinión del Poder Ejecutivo reflejada en la “sugerencia de inmunidad”²⁴⁵. A pesar de ello, también en un cierto número de casos en los que se ha expresado la sugerencia los tribunales han denegado la inmunidad, bien sea por influjo de la citada sugerencia bien porque el tribunal, a pesar de la misma, ha entrado en el fondo de la demanda y ha considerado los actos litigiosos como actos *ultra vires* o contrarios a normas imperativas de derecho internacional²⁴⁶.

²⁴³ Véanse los casos *Letelier c. Chile*, Estados Unidos, 748 F.2d 790 (2º circuito, 1984); ILR, vol. 79, pág. 561; *Jiménez c. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones, 5º circuito, 1962); *Estados Unidos c. Noriega*; *Hilao y otros c. Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 16 de junio de 1994 (a juicio del Tribunal, los actos de tortura, ejecución y desapariciones constituyen actos realizados por Marcos que no caen bajo ningún mandato oficial y que tampoco pueden ser considerados como actos de una agencia u órgano de un Estado extranjero); *In Re Doe y otros c. Liu y otros, Xia Deren y otros*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, N.D. California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW); *Rukmini S. Kline y otros c. Yasuyuki Kaneko y otros*, Corte Suprema del Estado de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 31 de octubre de 1988; *Chiudian c. Banco Nacional de Filipinas*, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito (Estados Unidos), sentencia de 29 de agosto de 1990; *Maximo Hilao y otros, Vicente Clemente y otros, Jaime Piopongco y otros c. Herencia de Ferdinand Marcos*, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito (Estados Unidos), sentencia de 16 de junio de 1994; *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, J. Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez y Jose Alfredo Callejas c. Héctor Gramajo y Diana Ortiz c. Héctor Gramajo*, Tribunal del Distrito de Massachusetts (Estados Unidos), sentencia de 12 de abril de 1995; y *Bawol Cabiri c. Baffour Assasie-Gyimah*, Tribunal del Distrito de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 18 de abril de 1996.

²⁴⁴ Véase *Saltany c. Reagan y otros*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988; *Arabia Saudita c. Nelson*, Corte Suprema de los Estados Unidos, ILR, vol. 100, pág. 544; *Lafontant c. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, sentencia de 27 de enero de 1995; *A,B,C,D,E,F c. Jiang Zemin*, octubre de 2002: este caso presenta el interés de que tras la terminación del mandato de Jiang Zemin como Presidente en 2003, un grupo de congresistas del Partido Demócrata intentaron reabrir el caso sin éxito, puesto que el Departamento de Estado mantuvo su sugerencia de inmunidad; *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7º circuito, 2004); *Matar v. Dichter*, 563 F. 3d 9 (2nd Circuit, 2009).

²⁴⁵ Sobre la práctica del Departamento de Estado en relación con la sugerencia de inmunidad, véase Erica E. Smith, «Immunity Games: How the State Department has Provided Courts with a Post-Samantar Framework for Determining Foreign Official Immunity», *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, núm. 2 (marzo de 2014), págs. 569 a 608.

²⁴⁶ Véase *Enahoro v. Abubakar*, 408 F. 3d 877 (7º circuito, 2005); *Yousuf v. Samantar*, 699 F. 3d 763 (4º circuito, 2012) (aunque en este caso el Departamento de Estado se había manifestado en

121. En resumen, del análisis realizado en las páginas precedentes hay que concluir que los tribunales nacionales reconocen de forma casi unánime la inexistencia de límites o excepciones aplicables a la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, respecto de la inmunidad *ratione materiae* se puede concluir una tendencia mayoritaria a aceptar la existencia de ciertos límites y excepciones a la misma, bien sea por la gravedad de los crímenes, porque los mismos contravienen normas imperativas de derecho o atentan contra valores de la comunidad internacional en su conjunto, bien porque los crímenes en cuestión no pueden ser considerados como actos realizados a título oficial ya que exceden o no se corresponden con las funciones ordinarias del Estado.

122. Para finalizar el análisis de la jurisprudencia nacional, es preciso referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional de Italia de 22 de octubre de 2014, sobre cuyo interés ya se advirtió en el cuarto informe de la Relatora Especial²⁴⁷. La citada sentencia se refiere a los problemas suscitados por la aplicación en el ordenamiento jurídico italiano del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* y, por tanto, los argumentos contenidos en la misma se refieren a la inmunidad de jurisdicción del Estado en sentido estricto. Sin embargo, el Tribunal dedica una parte importante de sus argumentos a la inmunidad de jurisdicción y su relación con el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en el marco de la protección efectiva de los derechos fundamentales²⁴⁸ que pueden resultar de interés para el presente informe, por lo que se resumen a continuación:

a) El derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los derechos inviolables de la persona “es uno de los grandes principios de la cultura jurídica de los sistemas democráticos en nuestros días”, que solo puede ser limitado en determinadas circunstancias;

b) La inmunidad de jurisdicción del Estado puede “justificar el sacrificio del principio de la protección judicial de los derechos inviolables garantizados por la Constitución” italiana, pero solo cuando ello “esté conectado —sustantivamente y no solo formalmente— con las funciones soberanas del Estado extranjero, esto es con el ejercicio de sus poderes gubernamentales”;

contra de la inmunidad, el Tribunal declaró que la sugerencia no era vinculante y entró a valorar el fondo del asunto, concluyendo que existe una tendencia creciente en el derecho internacional contemporáneo a favor de no reconocer la inmunidad del funcionario respecto de actos que violan las normas de *ius cogens*, con independencia de que el acto pueda ser también atribuido al Estado).

²⁴⁷ El interés que ha despertado esta sentencia supera con mucho el tema de las inmunidades del Estado y afecta a cuestiones de gran relevancia, en especial las referidas a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Como ejemplo de dicho interés, véase el tratamiento monográfico dedicado a la sentencia 238/2014 en Robert Kolb, «The relationship between the international and municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court», *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), págs. 5 a 16; Pasquale De Sena, «The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law», *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), págs. 17 a 31; Cesare Pinelli, «Between undue fiction and respect for constitutional principles», *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), págs. 33 a 41; Paolo Palchetti, «Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out», *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), págs. 44 a 47.

²⁴⁸ Véase, en particular, la sección 3.4 de la sentencia.

c) Ciertos actos “como la deportación, el trabajo forzoso y las masacres, que son reconocidos como crímenes internacionales, [no pueden] justificar el absoluto sacrificio en el ordenamiento interno de la protección judicial de los derechos inviolables de las víctimas de estos crímenes”. “[A]cciones del Estado que pueden ser consideradas como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, [o como] graves violaciones de los derechos humanos, [...] [en sí mismas] están excluidas del ejercicio legal de los poderes gubernamentales”;

d) Por tanto, la inmunidad “no puede proteger comportamientos que no representan el típico ejercicio de poderes gubernamentales, sino que son explícitamente considerados y calificados como ilegales, ya que constituyen graves violaciones de los derechos inviolables”;

e) La inmunidad no puede ser considerada como un sacrificio aceptable del derecho mencionados cuando, como en el caso en cuestión, no existe ningún otro recurso efectivo para acceder a los tribunales y obtener la tutela judicial efectiva.

E. Otros trabajos de la Comisión

123. La Comisión ha abordado en el pasado un cierto número de temas que son relevantes para el presente informe, a saber: los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Cada uno de estos instrumentos contiene disposiciones relevantes para definir el significado de los límites y excepciones a la inmunidad que son analizados en las siguientes páginas. La Comisión se ha ocupado también de cuestiones relacionadas con los límites y las excepciones a la inmunidad en el Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes. No obstante, dichos trabajos son analizados en otro lugar del presente informe²⁴⁹.

124. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg fueron aprobados por la Comisión en 1950²⁵⁰ para responder al mandato expreso que le había sido dirigido por la Asamblea General²⁵¹, que tomó nota de los mismos en su resolución 488(V), de 12 de diciembre de 1950. Como es sabido, los principios contenidos en dicho instrumento han servido de base para los trabajos ulteriores de la Comisión en relación con los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, así como respecto de la elaboración del estatuto de un tribunal penal internacional.

125. El documento aprobado por la Comisión contiene tres principios básicos que son relevantes a los efectos del presente informe, a saber: a) el principio de responsabilidad penal individual, que se deriva del derecho internacional con

²⁴⁹ Véase cap. II, secc. A *supra*.

²⁵⁰ Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg y comentarios (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127, en especial párrs. 103 y 104). Texto reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45).

²⁵¹ Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947.

independencia de lo que establezcan los derechos nacionales²⁵²; b) el principio de la irrelevancia del cargo oficial para la determinación de la responsabilidad²⁵³; y c) el principio de la inoponibilidad de las órdenes recibidas como causa de exoneración de la responsabilidad²⁵⁴. Los tres principios citados están estrechamente relacionados entre sí y tienen con propósito garantizar que el autor de un crimen internacional no quede sin castigo. En virtud de estos principios, todo individuo que haya cometido un crimen internacional es responsable del mismo con independencia del cargo oficial y con independencia de que haya actuado *motu proprio* o en virtud de una orden recibida del gobierno de un Estado o de un superior jerárquico.

126. Los principios antes enunciados contienen una serie de elementos de notable interés, que fueron puestos de manifiesto por la Comisión en sus comentarios a los mismos, y que pueden resumirse de la siguiente forma:

a) El derecho internacional puede imponer obligaciones y exigir responsabilidad a los individuos de modo directo, sin necesidad de intermediación, igual que lo hace respecto de los Estados. Como ya se señaló en el cuarto informe, la Comisión confirma de este modo la doble responsabilidad del Estado y el individuo por la comisión de crímenes internacionales, recordando para ello la célebre frase del Tribunal de Nuremberg: “[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entes abstractos, y solo castigando a los individuos que cometen dichos crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”²⁵⁵.

b) El derecho internacional tiene supremacía sobre el derecho interno ya que, como señaló el Tribunal de Nuremberg, “los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones de obediencia nacional impuesta por un Estado en concreto”²⁵⁶.

c) El cargo oficial o el cumplimiento de órdenes no pueden ser utilizados con la finalidad de bloquear la depuración de la responsabilidad individual por la comisión de crímenes de derecho internacional²⁵⁷.

127. Por último, conviene subrayar que el contenido de los Principios de Nuremberg es concebido en dicho instrumento como esencialmente sustantivo y, por ello, el texto aprobado por la Comisión no contiene una referencia expresa a la inmunidad entendida como barrera procesal frente al ejercicio de la jurisdicción, ni por parte de un tribunal nacional ni por parte de un tribunal internacional. Sin embargo, esta dimensión sustantiva de los principios ha de entenderse a la luz de su

²⁵² El principio I dice lo siguiente: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”. Por su parte, el principio II establece: “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido” (*Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45).

²⁵³ El principio III establece que “[e]l hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe del Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional” (*ibid.*).

²⁵⁴ El principio IV dispone que “[e]l hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción” (*ibid.*).

²⁵⁵ Véase comentario al principio I, *Yearbook... 1950*, pág. 374, párr. 99.

²⁵⁶ *Ibid.*, pág. 375, párr. 102.

²⁵⁷ Véanse los comentarios a los principios III y IV, en especial los párrafos 103 y 105, *ibid.*

conexión con el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y con las sentencias dictadas por dicho Tribunal, en los que la competencia del mismo se da por sentada y la oponibilidad del cargo oficial y la obediencia debida se conciben esencialmente como una forma de defensa sustantiva cuya validez es negada en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal, lo que no impidió que el propio Tribunal se refiriera en alguna ocasión, directa o indirectamente, a la inmunidad en su sentencia, como se refleja en las siguientes afirmaciones retenidas por la Comisión en su comentario al principio III²⁵⁸:

El principio de derecho internacional que, en determinadas circunstancias, protege a los representantes del Estado no puede aplicarse a actos que son condenados como crímenes por el derecho internacional. Los autores de esos actos no pueden protegerse detrás de su posición oficial a fin de liberarse de castigo. El que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad aunque actúe en cumplimiento de la autoridad del Estado, si el Estado al autorizar dichas acciones se sitúa fuera de sus competencias conforme al derecho internacional.

128. En un sentido similar, la Comisión se ha ocupado de las cuestiones antes mencionadas en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, tanto en el aprobado en 1954²⁵⁹ como en el aprobado en 1996²⁶⁰, si bien el análisis que se realiza en los siguientes párrafos se refiere esencialmente a este último. En el mismo, la Comisión vuelve a reiterar los principios de responsabilidad penal individual²⁶¹, de irrelevancia del cargo oficial²⁶² y de inoponibilidad de las órdenes del gobierno o de un superior jerárquico²⁶³.

²⁵⁸ *Ibid.*, párr. 103.

²⁵⁹ *Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 150.

²⁶⁰ *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50.

²⁶¹ Conforme al artículo 2, párr. 1, del proyecto de código de 1996 “[u]n crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual” (*ibid.*, pág. 21) que, conforme a lo previsto en el artículo 3, se concretará en “una pena” que “será proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen” (*ibid.*, pág. 25). Véase, en una línea similar, el artículo 1 del Proyecto de código de 1954 que establece que “[l]os delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables” (*Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 150).

²⁶² Conforme al artículo 7 del proyecto de código de 1996 “[e]l carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo” (*Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 29). Por su parte, el proyecto de código de 1954 establecía en su artículo 3 que “[e]l hecho de que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no le eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código” (*Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 150).

²⁶³ El proyecto de código de 1996 regula este principio en el artículo 5, que estipula lo siguiente: “[e]l hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad” (*Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 26). El proyecto de código de 1954 recogía este principio en el artículo 4, conforme al cual “[e]l hecho de que una persona acusada de un delito definido en este código haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no la eximirá de responsabilidad conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden” (*Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 150).

129. Al igual que en 1950, el texto aprobado por la Comisión define dichos principios en términos esencialmente sustantivos y no se refiere de modo expreso a la inmunidad entendida en sentido procesal. Sin embargo, ha de destacarse que los comentarios adoptados por la Comisión respecto del proyecto de código se han ocupado de modo más detallado de la inmunidad frente a los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que rechaza tanto en su dimensión sustantiva como procesal. Así, al comentar el artículo 7, dedicado a la irrelevancia del cargo oficial, afirma lo siguiente:

El funcionario público que proyecte, instigue, autorice u ordene estos crímenes no solo proporciona los medios y el personal requerido para cometerlos, sino que además abusa de la autoridad y el poder que le han sido conferidos. Por tanto, puede incluso ser considerado más culpable que el subordinado que de hecho comete el acto criminal. Sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales²⁶⁴.

130. Además, en este mismo comentario concluye la inoponibilidad de la inmunidad del funcionario del Estado tanto en términos sustantivos como procesales con los siguientes argumentos:

El artículo 7 tiene por objeto impedir que un individuo que haya cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad invoque su carácter oficial como circunstancia que le exima de responsabilidad y le confiera cualquier inmunidad, incluso si alega que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones. Como reconoció el Tribunal de Nuremberg en su sentencia, el principio de derecho internacional que protege a los representantes del Estados en determinadas circunstancias no es aplicable a los actos que constituyen crímenes de derecho internacional. Por tanto, un individuo no puede invocar su carácter oficial para evitar la responsabilidad de tal acto. Como reconoció también el Tribunal de Nuremberg en su sentencia, el autor de un crimen de derecho internacional no puede invocar su carácter oficial para evitar ser castigado en el procedimiento correspondiente. La ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas. Sería paradójico impedir a un individuo que invoque su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invoque el mismo argumento para evitar las consecuencias de la responsabilidad²⁶⁵.

²⁶⁴ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 1 del comentario al artículo 7. En el párrafo 3 del comentario recuerda que “el Tribunal de Nuremberg rechazó la alegación de acto de Estado y la de inmunidad opuestas por varios inculcados como excepción o fundamento válido de inmunidad” (*ibid.*).

²⁶⁵ *Ibid.*, pág. 30, párr. 6 del comentario al artículo 7. En el comentario al artículo 9, relativo a la obligación de *aut dedere aut judicare*, al referirse a supuestos de inmunidad concedidos a un acusado por cooperación con la justicia, la Comisión afirmó también que “[s]ería contrario a los

131. Estas afirmaciones contenidas en los comentarios revisten, además, un especial interés para el tema del presente informe si se tiene en cuenta que la Comisión concibe la regla de la irrelevancia del cargo oficial como oponible tanto ante un tribunal nacional como ante un tribunal internacional. Así, aunque es cierto que la Comisión señaló que “[e]l procedimiento judicial ante un tribunal penal internacional sería el arquetipo de procedimiento judicial pertinente en el que el individuo no podría alegar una inmunidad de fondo o una excepción de procedimiento basada en su carácter oficial para evitar la persecución y el castigo”²⁶⁶, no lo es menos que considera que el proyecto de código está llamado a ejercer una especial influencia en los ordenamientos y tribunales internos. Así, no solo afirma de modo general que “se espera que los tribunales nacionales desempeñen una función importante en la aplicación del código”²⁶⁷, sino que al comentar el artículo 8, dedicado al establecimiento de jurisdicción respecto de los crímenes en cuestión, se puede leer lo siguiente:

La Comisión consideró que la aplicación efectiva del código requería un planteamiento mixto de la jurisdicción, basado en la competencia más amplia de los tribunales nacionales combinada con la posible competencia de un tribunal penal internacional²⁶⁸.

Añadió a continuación que “la presente disposición y, de hecho, el código no se aplican a esos tribunales [internacionales], que se rigen por sus respectivos estatutos”²⁶⁹.

132. En consecuencia, cabe concluir que a juicio de la Comisión las disposiciones del proyecto de código se predicán de modo especial respecto de los tribunales nacionales²⁷⁰, y que al proclamar la exigencia de que el Estado “promulgue las disposiciones de procedimiento o de fondo que sean necesarias para que pueda ejercer efectivamente su jurisdicción”²⁷¹, ello incluye también la obligación de adoptar disposiciones que excluyan la aplicabilidad de la inmunidad en los términos definidos por la Comisión en sus comentarios al proyecto de código.

133. Por último, debe tenerse en cuenta que tanto los Principios de Nuremberg como el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad enumeran un conjunto de crímenes de derecho internacional. En el primero de los casos se incluyen los denominados delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad²⁷². Por su parte, el proyecto de código tipifica el crimen de agresión, el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de

intereses de la comunidad internacional en su conjunto permitir a un Estado que concediera inmunidad a una persona responsable de un crimen de derecho internacional como el genocidio” (*ibid.*, pág. 34, párr. 4 del comentario).

²⁶⁶ *Ibid.*, pág. 30, nota 69.

²⁶⁷ *Ibid.*, págs. 20 y 21, párr. 13 del comentario al artículo 1, párr. 2.

²⁶⁸ *Ibid.*, pág. 31, párr. 5 del comentario al artículo 8.

²⁶⁹ *Ibid.*, pág. 33, párr. 11 *in fine* del comentario al artículo 8.

²⁷⁰ En estos comentarios, la Comisión lleva a cabo igualmente un interesante análisis de las relaciones entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales que será abordado con más detalle en el capítulo III, secc. B *infra*.

²⁷¹ *Ibid.*, pág. 32, párr. 10 del comentario al artículo 8.

²⁷² Véase el principio VI (*Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45).

guerra²⁷³ La Comisión podrá tener en cuenta esta enumeración de crímenes que ella misma realizó para identificar los comportamientos que, en principio, podrían ser calificados como crímenes internacionales a los efectos de la definición de un límite o excepción a la inmunidad.

134. Aunque, por razones obvias, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁷⁴ no se ocupa de los posibles límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en el mismo se contienen una serie de conceptos que sí pueden resultar relevantes para el presente informe, ya que se encuentran próximos de ciertos argumentos que han sido alegados y debatidos en la doctrina y en la práctica como fundamento de dichos límites o excepciones. Además, en sus comentarios al proyecto de artículos, la Comisión ha aportado elementos que pueden ser útiles para nuestro trabajo, en tanto en cuanto permiten situar más adecuadamente a los crímenes de derecho internacional en el sistema jurídico internacional. Dichas aportaciones son, esencialmente, las siguientes:

- a) La definición de la primacía de las normas imperativas;
- b) La afirmación de que existen obligaciones que interesan a la comunidad internacional en su conjunto;
- c) La definición de un modelo especial de respuesta a los casos en que se produce una violación grave de una obligación derivada de una norma imperativa; y
- d) La identificación de los más graves crímenes de derecho internacional como violaciones de normas imperativas.

135. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la Comisión se ocupa de la misma en el comentario al artículo 26 (Cumplimiento de normas imperativas), que tiene como objetivo preservar la primacía de dichas normas, incluso en los casos en que puedan concurrir “circunstancias que excluyen la ilicitud”²⁷⁵. En este marco, la Comisión aborda la cuestión de la relación entre una norma imperativa y una norma que no lo es, concluyendo la primacía de la primera. Esta primacía es evidente, a juicio de la Comisión, cuando lo que se plantea es una colisión entre dos normas primarias, pero opera también cuando la colisión se produce entre normas primarias y normas secundarias, de forma que —en palabras de la Comisión— la aplicación de normas secundarias (se está refiriendo a las normas de exclusión de la ilicitud) “no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa de derecho internacional general”²⁷⁶. A este respecto, resulta significativo el siguiente ejemplo dado por la Comisión: “[E]l Estado que adopte contramedidas no podrá apartarse de una norma de esa índole: un genocidio no podrá justificar otro genocidio”²⁷⁷.

136. Además, la Comisión incorpora a su razonamiento otro elemento de notable interés en relación con la primacía de las normas imperativas, al destacar que en

²⁷³ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., arts. 16 a 20. Véase también el artículo 2 del proyecto de código de 1954 (*Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150).

²⁷⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

²⁷⁵ Téngase en cuenta que, de conformidad con el mismo, “[n]inguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general” (*ibid.*, pág. 90).

²⁷⁶ *Ibid.*, párr. 4 del comentario al artículo 26.

²⁷⁷ *Ibid.*

ocasiones, cuando se produce una colisión entre normas primarias, dicha colisión no necesita ser resuelta a través de las reglas secundarias propias de la responsabilidad. Por el contrario, “[c]uando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá. Los procesos de interpretación y aplicación deberían resolver esas cuestiones “, ya que “las normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes”²⁷⁸. Esta suerte de “interpretación conforme” podría ser, por tanto, de especial importancia para el tema abordado en el presente informe, a fin de identificar un equilibrio adecuado entre diversas normas primarias.

137. En segundo lugar, se ha de destacar que, en su comentario general al capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos (Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general), la Comisión se refiere a la existencia de “una distinción cualitativa entre diferentes violaciones del derecho internacional”²⁷⁹, así como a la existencia de “la noción de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto”²⁸⁰, categorías ambas presentes en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión no se pronunció sobre si “las normas imperativas de derecho internacional y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto” son o no “aspectos de una idea básica única”, pero concluyó que “hay por lo menos una coincidencia sustancial entre ellas”, como lo demuestra el hecho de que los ejemplos que ha dado la Corte Internacional de Justicia sobre obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto “se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanen de normas imperativas de derecho internacional general”²⁸¹. En cualquier caso, debe destacarse que, a juicio de la Comisión, “[l]as obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanen de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales”²⁸².

138. Además, ha de subrayarse que la Comisión señaló en sus comentarios la existencia de una diferencia finalista entre los conceptos de *ius cogens* y obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto que merece la pena retener en este momento:

[m]ientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento, es decir, [...] en tener derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación²⁸³.

²⁷⁸ *Ibid.*, párr. 3 del comentario al artículo 26.

²⁷⁹ *Ibid.*, pág. 118, párr. 2 del comentario general al capítulo III.

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 3 del comentario general al capítulo III.

²⁸¹ *Ibid.*, pág. 119, párr. 7 del comentario general al capítulo III.

²⁸² *Ibid.*, pág. 120, párr. 3 del comentario al artículo 40.

²⁸³ *Ibid.*, pág. 119, párr. 7 del comentario general al capítulo III. Aunque la Comisión no define el concepto de “comunidad internacional en su conjunto”, su mera utilización reviste un notable

139. La consideración del carácter especial de las obligaciones derivadas de normas imperativas que se deben a la comunidad internacional en su conjunto lleva a la Comisión a concluir un régimen diferenciado respecto de la respuesta jurídica que ha de darse a las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional, que se resume de la siguiente manera: *a*) “las [citadas] violaciones [...] pueden tener consecuencias adicionales, no solo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados” (art. 41); y *b*) “todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto” (art. 48)²⁸⁴. Este tercer componente del pensamiento de la Comisión reviste igualmente interés para el presente informe, en especial por lo que se refiere a la posibilidad de establecer un régimen jurídico diferenciado para la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado cuando la misma se alegue respecto de actos susceptibles de ser calificados como violaciones de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto que se derivan de normas imperativas de derecho internacional.

140. Por último, ha de destacarse que en el marco de este proyecto de artículos la Comisión ha calificado como “normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas” una serie de prohibiciones de comportamientos que se corresponden con actos respecto de los que se ha alegado la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado²⁸⁵, a saber: “las prohibiciones de [...] genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura”²⁸⁶, a las que añade las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados²⁸⁷ y los “principios y normas relativas a los derechos fundamentales del ser humano”²⁸⁸. La Comisión podrá tener en cuenta esta enumeración que ella misma realizó en 2001 para identificar los crímenes que podrían ser calificados como crímenes internacionales a los efectos de la definición de una excepción a la inmunidad.

interés, por cuanto pone el énfasis en la dimensión colectiva de los valores e intereses a proteger. Además, la Comisión señala que este concepto se ha utilizado frecuentemente en tratados y otros instrumentos internacionales (*ibid.*, pág. 89, párr. 18 del comentario al artículo 25), siendo significativa la relación de tratados citados por la Comisión en los que se emplea dicha expresión: “el tercer párrafo del preámbulo de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; el cuarto párrafo del preámbulo de la Convención internacional sobre la toma de rehenes; el quinto párrafo del preámbulo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; el tercer párrafo del preámbulo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; el décimo párrafo del preámbulo del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el noveno párrafo del preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional; y el noveno párrafo del preámbulo del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.” (*ibid.*, pág. 89, nota 404).

²⁸⁴ *Ibid.*, pág. 120, párr. 7 del comentario general al capítulo III.

²⁸⁵ Véase documento A/CN.4/686, párrs. 49 a 60.

²⁸⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 5 del comentario al artículo 26.

²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 5 del comentario al artículo 41.

²⁸⁸ *Ibid.*, pág. 136, párr. del comentario al artículo 48.

Capítulo III

Los límites y excepciones en el marco jurídico general de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera: cuestiones metodológicas y conceptuales

141. Tras el análisis de la práctica y antes de analizar los supuestos que podrían determinar la inaplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto, es preciso abordar en este momento algunos elementos metodológicos y conceptuales que nos permitirán definir mejor el marco en el que se ha de entender el proyecto de artículo que se contiene en el presente informe. A tal fin se analizan en las siguientes páginas las siguientes cuestiones de alcance general: *a)* la naturaleza jurídica de la inmunidad y su relación con la jurisdicción y la responsabilidad penal; *b)* el tratamiento de la inmunidad ante los tribunales internos y ante los tribunales penales internacionales y su incidencia sobre los límites y excepciones a la inmunidad; y *c)* el concepto de límites y excepciones.

142. El examen de estos elementos se realiza, además, desde la concepción del derecho internacional como un sistema normativo en el que se inserta, como una de sus piezas o componentes, la institución de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que exige que la inmunidad no sea analizada en forma aislada sino en conexión con el resto de normas e instituciones que integran el sistema. Desde esta perspectiva, la inmunidad de los funcionarios del Estado se configura como una institución útil y necesaria para asegurar la garantía del respeto de determinados valores y principios jurídicos del ordenamiento jurídico internacional, en particular el principio de igualdad soberana. Pero al mismo tiempo, como componente del sistema, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe ser interpretada en forma sistémica, de modo que dicha institución no produzca efectos negativos, o anule, otros componentes del sistema del derecho internacional contemporáneo entendido en su conjunto ²⁸⁹. Este enfoque sistémico obliga, pues, a tener en cuenta otras instituciones que están igualmente vinculadas al principio de soberanía (en especial el derecho a ejercer la jurisdicción), así como otros sectores del ordenamiento jurídico internacional que reconocen y juridifican otros valores y principios de la comunidad internacional entendida en su conjunto (en especial, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal). Siendo como es el derecho internacional un auténtico sistema normativo, no es posible (ni sería deseable) que la elaboración por la Comisión de un proyecto de artículos, con la finalidad de asistir a los Estados en la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional en una materia problemática pero de gran importancia para la comunidad internacional, tuviese como consecuencia introducir factores de desequilibrio en grandes sectores del ordenamiento jurídico internacional cuyo desarrollo en las últimas décadas constituye en la actualidad uno de sus signos de identidad.

²⁸⁹ La necesidad de garantizar el equilibrio entre distintos valores y normas del sistema fue claramente puesto de manifiesto en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso *Mandat d'arrêt*, C.I.J. Recueil 2002, en especial párrs. 71 a 79.

A. La naturaleza jurídica de la inmunidad

143. Si se analizan los debates que se han celebrado hasta la fecha en la Comisión, se aprecia la presencia continua de tres elementos relacionados con la naturaleza misma de la inmunidad que afectan a la cuestión de los límites y excepciones, a saber: *a)* su configuración como un derecho autónomo o como una excepción al ejercicio del derecho del Estado del foro a ejercer la jurisdicción; *b)* la calificación de la inmunidad como una institución exclusivamente procesal que no afecta a la responsabilidad penal individual de los funcionarios del Estado; y *c)* la autonomía de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera frente a otras formas de inmunidad soberana, en especial la inmunidad del Estado. Aunque algunas de estas cuestiones han sido ya objeto de examen en los informes anteriores de la Relatora Especial, en este momento es necesario volver sobre ellas y analizar brevemente, con carácter instrumental y con referencia exclusivamente al tema de los límites y excepciones, la relación existente entre tres binomios, a saber: *a)* inmunidad y jurisdicción; *b)* inmunidad y responsabilidad; y *c)* inmunidad del Estado e inmunidad del funcionario del Estado.

1. La relación entre inmunidad y jurisdicción

144. La relación entre inmunidad y jurisdicción ya fue abordada con anterioridad en los trabajos de la Comisión, afirmándose en el segundo informe de la Relatora Especial la interacción entre ambos elementos, en especial el hecho de que la inmunidad no existe en el vacío y no opera sino frente a una jurisdicción preexistente²⁹⁰. De esta manera se ha recogido lo ya dicho por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt*.

145. La existencia de la jurisdicción constituye así el punto de partida sobre el que se asienta la inmunidad, afirmación que no ha sido refutada ni en la práctica ni en la doctrina. Así, baste con recordar que, como regla, cuando los tribunales nacionales han tenido que pronunciarse sobre una alegación de inmunidad no han declarado su falta de jurisdicción en términos abstractos sino la imposibilidad de ejercerla frente a un funcionario de un tercer Estado que se beneficia de la inmunidad. De tal forma que es posible encontrar casos en los que, tras desaparecer la circunstancia que provocó la inmunidad, los tribunales nacionales han ejercido la jurisdicción sobre los mismos hechos y las mismas personas sin que se haya suscitado un problema de competencia.

146. El carácter preexistente de la jurisdicción es una exigencia lógica que no minora la importancia de la inmunidad como un instrumento necesario y útil para defender determinados valores y principios jurídicos de la comunidad internacional, en especial el principio de igualdad soberana del Estado y el mantenimiento de relaciones internacionales estables. Por otro lado, ello tampoco puede entenderse como la afirmación de una primacía absoluta y en toda circunstancia del derecho a ejercer la jurisdicción sobre la inmunidad. Por el contrario, la razón de ser de la inmunidad es precisamente paralizar o bloquear el ejercicio de la jurisdicción en determinadas condiciones, a veces con carácter exclusivamente temporal. Y, por ello, en la práctica, la inmunidad puede primar sobre la jurisdicción en un caso concreto.

²⁹⁰ Véase documento [A/CN.4/661](#), párrs. 35 a 42.

147. Sin embargo, la configuración de la jurisdicción como un poder preexistente del Estado, un *prius* que precede necesariamente a la inmunidad, está llamada a tener algunas consecuencias de notable importancia en el plano metodológico. Dichas consecuencias pueden ser resumidas en la siguiente forma:

a) La inmunidad se configura *ab initio* como una restricción al ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, es en sí misma un límite o excepción a la competencia jurisdiccional del Estado del foro.

b) Como todo límite o restricción a un poder soberano del Estado, debe ser entendida en términos finalistas: se reconoce la inmunidad a fin de garantizar valores, intereses y principios de la comunidad internacional que, en este caso, se concretan en el principio de igualdad soberana, el correcto desarrollo de las funciones estatales sin injerencia indebida de un tercero y el carácter estable de las relaciones internacionales.

c) Al ser la inmunidad una restricción a un poder soberano preexistente, la determinación de su alcance y su interpretación debe realizarse dentro de los límites definidos por los fines perseguidos. En especial, no podrá ser alegada sino en interés del Estado cuya igualdad soberana se pretende garantizar y solo para proteger sus legítimos derechos e intereses salvaguardados por el derecho internacional.

d) La relación entre el ejercicio de la jurisdicción y la inmunidad debe ser interpretada, pues, en términos dialécticos, con la finalidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre los derechos e intereses del Estado del foro y los derechos e intereses del Estado del funcionario. La primacía en cada caso concreto del ejercicio de la jurisdicción o de la inmunidad dependerá de los derechos e intereses en presencia, así como del conjunto de normas, valores y principios jurídicos sobre los que los citados derechos e intereses se sustentan.

2. La relación entre inmunidad y responsabilidad

148. El tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se ha venido realizando tradicionalmente desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de naturaleza procesal y no sustantiva, de cuya aplicación no se puede deducir la desaparición de la responsabilidad, en este caso penal, que pueda derivarse de un comportamiento ilícito. Dicha caracterización de la inmunidad está estrechamente relacionada con la forma en que la inmunidad opera en la práctica, cuyo principal objetivo es, precisamente, bloquear e impedir en un caso concreto el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales del Estado del foro cuando los mismos pretenden actuar contra un funcionario de un tercer Estado. En términos estrictamente teóricos, esta caracterización general de la inmunidad no puede ser negada y ha de ser aceptada como punto de partida de toda reflexión que pretenda contribuir a definir la naturaleza jurídica de la inmunidad.

149. Esta configuración de la inmunidad como una mera barrera procesal ha encontrado eco en la doctrina y en la jurisprudencia, en especial la internacional, como se refleja en el análisis de la práctica realizado *supra*. Desde esta perspectiva, inmunidad y responsabilidad no pueden confundirse, y no resulta posible deducir que la inmunidad genere impunidad. Por el contrario, como también ha puesto de manifiesto la Corte Internacional de Justicia, sería posible que, a pesar de la inmunidad, la responsabilidad penal individual se pueda deducir a través de otras vías distintas al ejercicio de su jurisdicción por los tribunales del Estado del foro.

En consecuencia, la inmunidad de jurisdicción tendría como único efecto impedir que la deducción de responsabilidad se produzca a través de una vía judicial específica, quedando abierta la puerta a que dicha responsabilidad pueda establecerse a través de otros mecanismos procesales más adecuados para el logro de dicho fin.

150. Sin embargo, esta calificación de la inmunidad como una mera barrera procesal y la distinción radical entre inmunidad y responsabilidad resulta difícil de sostener en términos absolutos, especialmente en el ámbito penal. Por el contrario, el análisis de la práctica y una necesaria interpretación teleológica de la inmunidad permiten llegar a conclusiones más matizadas. A este respecto, piénsese, por ejemplo, en la fina línea que separa en la práctica la pretendida alegación del cargo oficial como defensa sustantiva para evitar la responsabilidad y como defensa procesal para evitar el ejercicio de la jurisdicción. Así, baste con recordar cómo el Tribunal de Nuremberg empleó el término en ambos sentidos y cómo la utilización polisémica de la irrelevancia del cargo oficial ha acabado por reflejarse tanto en la jurisprudencia como en un buen número de instrumentos internacionales que han sido analizados en el presente informe.

151. La constatación de esta problemática ha llevado incluso a la Corte Internacional de Justicia a ofrecer un modelo alternativo de deducción de la responsabilidad que respete la inmunidad y evite la impunidad. Sin embargo, los esfuerzos de la Corte por superar la confusión entre inmunidad e impunidad tampoco son plenamente convincentes a los efectos de concluir la separación radical entre inmunidad y responsabilidad. En efecto, dicha distinción no planteará problema alguno en aquellos casos en que existan vías de recurso accesibles y reales para deducir la responsabilidad penal de un concreto funcionario del Estado que no se puede hacer efectiva ante un concreto tribunal como consecuencia del juego de la inmunidad. Por el contrario, cuando dichos recursos alternativos no existan o no sean eficaces para el logro de este fin, es inevitable que se produzca una aproximación entre inmunidad e irresponsabilidad penal, e incluso entre inmunidad e impunidad.

152. En consecuencia, la naturaleza estrictamente procesal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, aun siendo cierta como punto de partida, presenta ciertas limitaciones en la práctica que han de ser debidamente tenidas en cuenta al analizar la cuestión de los límites y excepciones. Esta reflexión resulta especialmente relevante respecto de la inmunidad *ratione materiae*, estrechamente relacionada con los actos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal del funcionario y que subsiste incluso después de que el funcionario del Estado termine su mandato o pierda tal condición. En ese sentido, habrá de valorarse igualmente el hecho de la naturaleza permanente de dicha categoría de inmunidad que, en determinadas circunstancias, puede tener consecuencias adicionales respecto de la distinción entre inmunidad e impunidad.

3. La relación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado

153. El último de los elementos a tener en cuenta en este momento se refiere a la distinción entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la inmunidad del Estado en sentido estricto. Se trata de una cuestión que se analizó con detalle en el cuarto informe de la Relatora Especial, en especial

por lo que se refiere al enfoque “un acto, dos responsabilidades” y al carácter penal de la jurisdicción ante la que está llamada a operar la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado²⁹¹.

154. Aunque ambos elementos están llamados a tener incidencia sobre la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, no es necesario volver a examinar el tema en este momento. A los efectos del presente informe, basta con reiterar a continuación las principales conclusiones que se contienen en el informe de 2015:

a) La atribución de un acto al Estado es el punto de partida para calificar a un acto como realizado a título oficial. Pero tal atribución no es suficiente en sí misma para concluir la inmunidad del funcionario del Estado por la realización de dicho acto.

b) Un mismo acto puede generar dos tipos distintos de responsabilidad: internacional en el Estado y penal en el individuo, y la existencia de dos tipos de responsabilidad se traduce en dos tipos de inmunidad (del Estado y de su funcionario).

c) Aunque ambas categorías de inmunidad tienen la finalidad común de proteger intereses del Estado, no es posible concluir que están sometidas a idénticas condiciones y al mismo régimen jurídico.

155. Por consiguiente, el régimen de los límites y excepciones a la inmunidad puede ser también distinto en el caso de la inmunidad del Estado y en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sin que sea posible trasponer miméticamente el primero en el segundo, ni viceversa²⁹².

B. Tribunales penales nacionales e internacionales

156. Un segundo elemento de carácter general a tomar en consideración a la hora de abordar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad es el relativo a la existencia de tribunales penales internacionales a los que se encomienda el enjuiciamiento de los crímenes de mayor trascendencia internacional. Aunque los citados tribunales han quedado fuera del ámbito de aplicación del presente tema, no es menos cierto que existe una notable relación entre los mismos y los tribunales penales nacionales, y que dicha relación tiene consecuencias prácticas sobre la alegación de la inmunidad. Por tanto, a los efectos de definir los límites y excepciones aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es útil analizar la incidencia que los tribunales penales internacionales pueden tener sobre la institución de la inmunidad.

157. La aproximación a dicha cuestión se puede realizar desde dos perspectivas opuestas. Conforme a la primera, la creación de los tribunales penales internacionales y el hecho de que la inmunidad no pueda ser alegada ante los mismos no tendrían ninguna influencia sobre el régimen aplicable a la inmunidad de

²⁹¹ Documento A/CN.4/686, párrs. 96 a 117.

²⁹² Véase, en este sentido el artículo IV de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, adoptada en 2009 en la sesión de Nápoles: “En un asunto civil referido al crimen internacional cometido por el agente de un Estado, las disposiciones que preceden no prejuzgan la existencia ni las condiciones de aplicación de las que ese Estado pueda prevalerse, en su caso, ante los tribunales de otro Estado” (*Annuaire*, vol. 73, pág. 230).

jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La distinta naturaleza de ambos tribunales se corresponde con dos regímenes de inmunidad distintos y, en consecuencia, aunque la inmunidad de jurisdicción no pueda invocarse ante los tribunales internacionales, dicha institución continuaría siendo plenamente válida y oponible ante los tribunales nacionales. La segunda aproximación parte, por el contrario, de la unidad de objetivos y principios que se aplican al enjuiciamiento de los crímenes internacionales, tanto si el mismo se produce ante un tribunal penal internacional como si se desarrolla ante un tribunal interno. Dado que ambas jurisdicciones sirven a la finalidad de deducir la responsabilidad penal individual y evitar la impunidad de los más graves crímenes internacionales, las reglas relativas a la inmunidad deben ser aplicadas conforme a los mismos parámetros. En consecuencia, la mera existencia de los tribunales penales internacionales y la imposibilidad de alegar cualquier forma de inmunidad frente a los mismos se debería reflejar en la imposibilidad para cualquier persona (incluidos los funcionarios del Estado) de alegar la inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales estatales.

158. Cada uno de estos planteamientos pone el énfasis en dos elementos distintos: el carácter procesal de la inmunidad, en el primer caso, y el carácter sustantivo de la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales, en el segundo. Y en apoyo de cada uno de ellos se añaden frecuentemente otros argumentos complementarios, en especial la distinta relación que los tribunales nacionales e internacionales mantienen con el principio de soberanía, por un lado, y la posibilidad o no de deducir la responsabilidad penal a través de fórmulas alternativas, por otro. Todos estos argumentos, como ya se ha señalado *supra*, han sido recogidos incluso en las decisiones adoptadas por tribunales internacionales, entre los que cabe destacar la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Especial para Sierra Leona.

159. Sin embargo, las dos aproximaciones arriba descritas son extremadamente teóricas e ignoran elementos de una notable importancia que se traducen en la definición de un modelo de interconexión entre tribunales nacionales e internacionales cuyas principales manifestaciones son la identidad de tipos penales o conductas prohibidas, la definición de un sistema de reparto de competencia entre jurisdicciones concurrentes y el establecimiento de mecanismos de cooperación y asistencia jurídica que operan en una doble dirección entre ambas categorías de tribunales penales.

160. La relevancia de este modelo de interconexión no es teórica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas en el plano de la cooperación entre tribunales, como se ha puesto de manifiesto recientemente en relación con el intento de detención del Presidente Al-Bashir en Sudáfrica para dar cumplimiento a la orden dictada por la Corte Penal Internacional. Pero dicho ejemplo, con ser el más llamativo en términos mediáticos, no es el único. Así, no puede olvidarse tampoco el fenómeno de los tribunales penales híbridos e internacionalizados, su difícil calificación como tribunal interno o internacional y las consecuencias que ello tiene sobre la institución de la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado²⁹³. O la incidencia que el ejercicio de la inmunidad ante los tribunales internos puede tener sobre el sistema de distribución de competencias en caso de

²⁹³ En este sentido, véase Sarah Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, Hart Publishing, págs. 326 a 348.

conurrencia de jurisdicciones, en especial en virtud del principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma.

161. Teniendo en cuenta estos elementos, la relación entre tribunales penales nacionales y tribunales penales internacionales ha de ser objeto de un tratamiento más matizado y equilibrado, que tenga en cuenta la distinción existente entre jurisdicción nacional y jurisdicción internacional pero que, al mismo tiempo, tome en consideración las conexiones a que antes se ha hecho referencia. Esta relación ha de ser tenida también en cuenta en el presente informe, sin que ello modifique el ámbito de aplicación del tema aprobado por la Comisión.

162. En tal sentido, es útil analizar en primer lugar el régimen de inmunidad aplicable frente a los tribunales penales internacionales, en especial la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial del Líbano, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, los Paneles de Kosovo, las Salas Especiales de Timor Leste, las Salas Africanas Extraordinarias ante las Jurisdicciones del Senegal y la Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Estado de Bosnia-Herzegovina. Todos estos tribunales tienen una competencia especializada para el enjuiciamiento de crímenes internacionales y, por tanto, la forma en que se aplica la inmunidad ante ellos puede ofrecer alguna luz sobre un posible límite o excepción por crímenes de derecho internacional en el marco de nuestro tema.

163. Como ya se ha señalado anteriormente, tanto la Corte Penal Internacional como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Especial para Sierra Leona se han pronunciado en relación con la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, rechazando que la misma les sea aplicable²⁹⁴. Sin embargo, tan solo el Estatuto de Roma se refiere expresamente a la cuestión de la inmunidad en su artículo 27²⁹⁵, modelo que ha sido seguido posteriormente por los Paneles Especiales para Timor Leste²⁹⁶. Por su parte, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* tan solo contienen una cláusula general de irrelevancia del cargo oficial y de las órdenes superiores como causa para exonerar o limitar el alcance de la responsabilidad penal individual²⁹⁷; fórmula que han seguido también el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁹⁸, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁹⁹ la Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Estado de Bosnia-Herzegovina³⁰⁰ y las Salas Africanas Extraordinarias ante las Jurisdicciones del Senegal³⁰¹. Por su parte, las normas reguladoras de los Paneles Especiales de Crímenes de Guerra en Kosovo³⁰² y del Tribunal Especial para el Líbano³⁰³ no contienen ninguna disposición respecto del cargo oficial, limitándose a decretar la inoponibilidad de

²⁹⁴ Véase el capítulo II, secc. C *supra*.

²⁹⁵ Véase el capítulo II, secc. A *supra*.

²⁹⁶ Véase sección 15.2 del reglamento núm. 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental.

²⁹⁷ Véanse Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párrs. 2 y 4; y Estatuto del Tribunal penal para Rwanda, art. 6, párrs. 2 y 4.

²⁹⁸ Art. 6, párrs. 2 y 4 del Estatuto.

²⁹⁹ Art. 29.

³⁰⁰ Código Penal, art. 180.

³⁰¹ Acuerdo entre la Unión Africana y el Senegal, artículo 10.3 del Estatuto contenido en anexo.

³⁰² Véase UNMIK/REG/2003/25, artículo 10.

³⁰³ Art. 3.3.

las órdenes de mandos y superiores. Esta diferencia de regulación puede explicarse en alguna medida por la mayor o menor posibilidad de que funcionarios del Estado extranjero sean sometidos a dichos tribunales, con la excepción del caso de los Tribunales *ad hoc* en los que, por definición, ese supuesto era una realidad y, sin embargo, no contemplan la inmunidad (lo que no les ha impedido considerarla inoponible). En todo caso, ha de destacarse que incluso en el caso de la Corte Penal Internacional y los Paneles de Timor Leste, la exclusión de la inmunidad se establece en estrecha conexión con la cláusula de irrelevancia del cargo oficial.

164. Por otro lado, ha de recordarse que la interpretación de la regla de la inoponibilidad de las inmunidades ante los tribunales penales internacionales no es pacífica. Así, a pesar de que desde una perspectiva teórica dicha regla constituye un elemento característico de estas jurisdicciones, conviene traer a colación aquí el debate sobre la interpretación del artículo 98, párr. 1, del Estatuto de Roma, y su relación con el artículo 27³⁰⁴, que ha adquirido una especial relevancia a partir del caso *Al-Bashir* como consecuencia de diversas decisiones de no cooperación adoptadas por algunos países africanos y de las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre no cooperación que se han analizado *supra* en el marco del estudio de la práctica judicial internacional³⁰⁵. En todo caso, ha de advertirse que, en puridad, el artículo 98, párr. 1, tan solo contiene un límite a la obligación de cooperar con la Corte respecto de la entrega de una persona que se beneficie de inmunidad conforme al derecho internacional; límite que, además, solo se aplica respecto de la solicitud de entrega de un nacional de un Estado no parte en el Estatuto³⁰⁶. Desde esta perspectiva, la limitación introducida por el artículo 98, párr.

³⁰⁴ Conforme al artículo 98, párr. 1 del Estatuto de Roma: «La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.»

³⁰⁵ Respecto del alcance de la controversia entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional, véase Maurice Kamto, «L'Affaire Al Bashir et les relations de l'Afrique avec la Cour pénale internationale», en Maurice Kanga et Makane Moïse Mbengue (eds.), *L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisation internationale*: Liber amicorum Raymon Ranjeva, París, Pedone, 2013, págs. 147 a 170; y Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, «The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir», en Marcelo Kohen y otros (eds.), *Perspectives of international law in the 21st century*. Liber amicorum Professor Christian Dominicé in honour of his 80th birthday, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, págs. 397 a 442; Dire Tladi, «Immunity in the Era of "Criminalization": the Africa Union, the ICC, and International Law», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), págs. 17 a 44; Joana Abrisketa Uriarte, «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1 (2016), págs. 19 a 47.

³⁰⁶ Véase Concepción Escobar Hernández, «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional», en Mercedes García Arán y otros (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, págs. 213 a 257; Dapo Akande, «International law immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98, núm. 3 (julio de 2004), págs. 407 a 433; Otto Triffterer, «Irrelevance of official capacity. Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (Article 98)?», en Isabelle Buffard y otros (eds.), *International law between universalism and fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 571 a 602; C. Kres, «The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», en

1, no afecta, en sentido estricto, a la inoponibilidad de la inmunidad frente a la jurisdicción de la Corte sino a la oponibilidad de dicha inmunidad frente a medidas que deberán ser adoptadas por los tribunales nacionales para cumplir con la obligación de cooperar con la Corte. Por otro lado, la práctica muestra cómo la polémica se ha suscitado exclusivamente en relación con Jefes de Estado (los Presidentes Al-Bashir y Kenyatta), lo que centra la cuestión en el tema de la inmunidad *ratione personae*. Este es, en definitiva, el problema planteado ante los tribunales sudafricanos en relación con la detención del Presidente Al-Bashir³⁰⁷, que ha venido a poner de manifiesto la estrecha relación existente entre el ejercicio de la inmunidad ante los tribunales nacionales y ante los tribunales internacionales y la necesidad de proceder a una interpretación sistémica de ambas realidades³⁰⁸.

165. Este panorama se ha venido a complicar tras la adopción por la Unión Africana, en 2015, del Protocolo de Malabo por el que se crea la Sección de Derecho Penal Internacional en la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos. En el mismo, los problemas planteados por la controvertida interpretación del artículo 98, párr. 1, del Estatuto de Roma en relación con dos Jefes de Estado africanos en ejercicio se han pretendido resolver a nivel regional mediante la inclusión en el Estatuto de la Corte Africana de un artículo redactado en los siguientes términos:

No se iniciará ni continuará ningún cargo ante la Corte Africana contra un Jefe de Estado o de Gobierno de la UA [Unión Africana] que esté en ejercicio, o contra cualquiera que actúe o esté habilitado a actuar en tal calidad, ni contra otro alto funcionario del Estado basado en sus funciones, durante el período de su mandato³⁰⁹.

166. Se define de esta manera un modelo de jurisdicción penal regional que rompe, aunque solo sea parcialmente, con la regla relativa a la inoponibilidad de la inmunidad de los funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales. Aunque no es preciso a los efectos del presente informe analizar la citada disposición³¹⁰, la mera adopción de la misma pone de manifiesto cómo el ejercicio de la jurisdicción penal internacional se puede encontrar en la práctica con problemas vinculados con la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. Así, la modificación del Estatuto de la Corte Africana puede introducir un punto de inflexión en la concepción de la jurisdicción

Morten Bergsmo y Yan Ling (eds.): *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, págs. 223 a 265.

³⁰⁷ Véase el capítulo II, secc. D *supra*.

³⁰⁸ Véase Dire Tladi, «The Duty on South Africa to Arrest and Surrender Al-Bashir under South African and International Law: Attempting to Make a Collage from an Incoherent Framework?», Universidad de Pretoria, 2015 (de próxima publicación en *Journal of International Criminal Justice*). La Relatora Especial ha podido consultar este texto gracias al amable ofrecimiento del autor.

³⁰⁹ Protocolo de Malabo, artículo 46A *bis*. El artículo 46B declara el principio de irrelevancia de cargo oficial, con la excepción del régimen especial establecido en el art. 46A *bis*. El Protocolo no ha entrado en vigor.

³¹⁰ Para un comentario de la misma, véase Manisuli Ssenyonjo y Saidad Nakitto, «The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?», *International Criminal Law Review*, vol. 16 (2016), págs. 71 a 102; y Dire Tladi, «The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff», *Journal of International Criminal Law*, vol. 13 (2015), págs. 3 a 17.

penal internacional como el recurso alternativo al ejercicio de la jurisdicción penal nacional respecto de los crímenes internacionales.

167. En cualquier caso, este no ha sido el único intento de buscar una solución africana a la cuestión del enjuiciamiento de Jefes de Estado o antiguos Jefes de Estado por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Por el contrario, la constitución de las Salas Africanas Extraordinarias ante las Jurisdicciones del Senegal nos ofrece otro ejemplo que se asemeja más a las figuras de los Tribunales *ad hoc* y los tribunales internacionalizados. En todo caso, la citada fórmula, que ha permitido a un tribunal inserto en la jurisdicción del Senegal enjuiciar a un antiguo Jefe de Estado por la comisión, entre otros, de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, ha venido a confirmar la inoponibilidad de la inmunidad frente a la comisión de dichos crímenes, como lo demuestra el hecho de que la sentencia contra Hissène Habré, por la que se le declara culpable de dichos crímenes y se le condena a cadena perpetua, no se ha referido a la inmunidad³¹¹.

168. En este contexto, vuelve a adquirir un significado especial la declaración contenida en el preámbulo del Estatuto de Roma en la que se recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”³¹². Dicha declaración constituye la base sobre la que se asienta el principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma como instrumento para determinar el reparto de competencias entre la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales. Conforme a dicho principio, el papel de los tribunales nacionales no puede ser minusvalorado ni relegado a un segundo plano³¹³. Por el contrario, el reforzamiento de la capacidad de los tribunales nacionales para enjuiciar crímenes internacionales constituye en la actualidad un elemento esencial del nuevo modelo de justicia penal internacional que ha dado lugar incluso a la puesta en marcha del concepto de “complementariedad positiva”³¹⁴.

169. En este contexto, el reconocimiento del papel primario de los tribunales internos en la lucha contra los crímenes internacionales y la necesidad de asegurar que su acción judicial sea efectiva, son dos elementos que no pueden ser ignorados por la Comisión. Por ello, quizás la Comisión considere útil tener en cuenta este elemento en sus deliberaciones sobre el tema de los límites y excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado³¹⁵.

³¹¹ La sentencia contra Hissène Habré ha sido dictada el 30 de mayo de 2016. Véase “Prononcé-résumé du jugement HH 20160528 (62076)”, disponible en el sitio web de las Salas Africanas Extraordinarias: www.chambresafricaines.org.

³¹² Preámbulo, párrafo sexto.

³¹³ En relación con el significado de la complementariedad véanse, entre otros, Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005; Concepción Escobar Hernández, «El principio de complementariedad», en Juan Yáñez Barnuevo (ed.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, Madrid, Casa de América, 2001, págs. 78 a 100.

³¹⁴ Impulsado por la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional, fue objeto de debate en la Conferencia de Kampala y ha dado lugar a varios programas de seguimiento en el seno de la propia Asamblea.

³¹⁵ Keitner se ha referido a este planteamiento en diversos trabajos en los que pone el énfasis en lo que denomina *horizontal enforcement*: “*Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement...*». El mismo enfoque se encuentra en su reciente contribución al Simposio sobre

C. Concepto de límites y excepciones a la inmunidad

170. A lo largo de este quinto informe se viene empleando la expresión “límites y excepciones a la inmunidad” como una sola categoría, a fin de referirse a los supuestos en los que la inmunidad del funcionario del Estado no opera ante los tribunales de otro Estado. Sin embargo, como ya se adelantó en el cuarto informe, cada una de estas expresiones es conceptualmente autónoma. Así, por límite ha de entenderse todo elemento que define el contorno de una institución y que, por tanto, ha de situarse necesariamente dentro de la misma, estando relacionado con sus elementos constitutivos. Por el contrario, el concepto de excepción es externo a la institución, que sigue manteniendo los contornos que le son propios, pero que, en determinadas circunstancias, no puede aplicarse por la concurrencia de elementos ajenos a la misma.

171. Si aplicamos esta distinción entre límite y excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, los límites a la inmunidad están necesariamente relacionados con los elementos normativos que definen cada una de las categorías de la inmunidad, mientras que las excepciones se definen por elementos externos que pueden derivarse de otros componentes del ordenamiento jurídico internacional y respecto de los cuales los elementos normativos únicamente juegan un papel secundario. Desde esta perspectiva, los beneficiarios de la inmunidad, el concepto de acto realizado a título oficial y la dimensión temporal de la inmunidad deberían considerarse como las categorías en torno a las cuales se construyen los límites a la misma. Por el contrario, el respeto de los valores y principios jurídicos del derecho internacional entendido en su conjunto y la necesidad de garantizar que la inmunidad no produzca efectos no deseados sobre otros sectores del ordenamiento internacional (por ejemplo el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos) constituirían el punto de partida para definir las excepciones a la inmunidad.

172. Esta distinción teórica, sin embargo, no aparece de una forma tan nítida en la práctica. Por el contrario, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo II de este informe, el término límite o excepción no es empleado de forma sistemática ni por los tribunales internacionales, ni en los comentarios y declaraciones de los Estados, ni tampoco en la práctica judicial, legislativa o convencional. En realidad, en la mayoría de los casos, los Estados y los operadores jurídicos concernidos por el fenómeno de la inmunidad no han empleado siempre los mismos términos y, en ocasiones, ni siquiera han afirmado que existe un límite o excepción a la inmunidad, conformándose con afirmar que la misma no se aplica o no puede oponerse a los tribunales nacionales. Por otro lado, incluso cuando los operadores jurídicos se han referido claramente a la distinción entre límite o excepción, ha de destacarse que el uso que han hecho de ambas categorías no es uniforme ni concluyente en relación con un mismo acto. Así, el caso de la tortura o, de modo más general, de los crímenes internacionales es significativo: mientras que para algunos operadores jurídicos es un límite, para otros es una excepción. Y, sin embargo, en todos los casos la finalidad perseguida es la misma: declarar la imposibilidad de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado pueda alegarse en

inmunidad de funcionarios del Estado de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional: «Horizontal enforcement and the ILC’s proposed draft articles on the Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction», AJIL Unbound, vol. 109 (2015), págs. 161 a 166.

relación con un determinado comportamiento. O, si se prefiere, en ambos supuestos nos encontramos antes la “no aplicación” del régimen de la inmunidad, y como consecuencia de ello la jurisdicción del Estado del foro queda intacta.

173. Esta problemática no es, sin embargo, nueva ni exclusiva del presente tema. Así, baste con recordar la práctica previa que se refleja en ciertas convenciones que se ocupan de la inmunidad y que han sido elaboradas a partir de proyectos de artículos previamente aprobados por la Comisión. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, por citar únicamente ejemplos muy próximos a nuestro tema, no realizan una distinción entre límite y excepción, limitándose a enumerar los supuestos en los que algunas de las inmunidades reguladas en dichos instrumentos no se aplican. Más significativo es aún el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado y de sus Bienes, en la que no solo no se diferencia entre límites y excepciones, sino que incluso se incluyen bajo un mismo paraguas (la parte III de la Convención) causas de no aplicabilidad basadas tanto en los actos realizados por el Estado como en las consecuencias de dichos actos, en los bienes frente a los que se pretende ejercer la jurisdicción o en la existencia de medios especiales de arreglo de controversias pactados entre las partes.

174. Por tanto, a los efectos del presente tema tampoco parece necesario establecer una distinción tajante entre límites y excepciones. Además, como ya se señaló en el cuarto informe, optar entre el concepto de límite o de excepción en relación con determinados supuestos puede tener consecuencias que van más allá del régimen de la inmunidad. En especial en el caso de los crímenes internacionales y las consecuencias que sobre el régimen de la responsabilidad internacional del Estado podría tener una eventual calificación de los mismos como límite o excepción³¹⁶. Por consiguiente, a juicio de la Relatora Especial es más operativo (y más cercano a la práctica) abordar el tratamiento del tema desde la perspectiva general de la no aplicabilidad de la inmunidad cuando concurren determinadas circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado los crímenes de derecho internacional. Este será el enfoque seguido en el proyecto de artículo 7 que se incluye en el presente informe.

175. En todo caso, debe advertirse que la renuncia al tratamiento separado de los límites y excepciones a la inmunidad se produce en este informe únicamente a los efectos de definir un proyecto de artículo que pueda dar cobertura a ambas categorías. Sin embargo, la distinción entre límite y excepción sí tiene interés metodológico, en especial desde la perspectiva de los criterios hermenéuticos que deben utilizarse para determinar la existencia de un límite o de una excepción a la inmunidad. Así, en el caso de los límites, los criterios de identificación de los mismos han de estar estrechamente relacionados con los elementos normativos de la inmunidad, en especial los actos que pueden quedar cubiertos por la misma y, además, han de interpretarse básicamente en clave de la relación existente entre inmunidad y jurisdicción. Por el contrario, en el caso de las excepciones, los

³¹⁶ Véase documento [A/CN.4/686](#), párrs. 122 a 126. En contra, véase William S. Dodge, «Foreign Official Immunity in the International Law Commission: the Meaning of “Official Capacity”» (Simposio sobre inmunidad de funcionarios del Estado de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional), *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), págs. 161 a 166.

elementos normativos de la inmunidad no constituyen el único fundamento sobre el que se puede construir la inaplicabilidad de la inmunidad, que puede venir modulada por otros elementos externos a dicha institución que, como ya se ha señalado antes, se extraen del ordenamiento jurídico internacional entendido en su conjunto. Si en el primero de los casos la inaplicabilidad de la inmunidad se debe construir conforme a un método inductivo, en el segundo se puede construir igualmente conforme a un método deductivo. Ambos métodos deben ser debidamente tenidos en cuenta en el presente informe.

176. Las consideraciones metodológicas que preceden han de ser consideradas al abordar las razones que pueden servir de fundamento a los límites o excepciones que se analizan en el siguiente capítulo.

Capítulo IV

Supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica

177. A la luz de los análisis realizados *supra*, el presente capítulo tiene por objeto identificar el alcance de los límites o excepciones a la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: *a)* la determinación de los ámbitos materiales en que dichas excepciones pueden operar; y *b)* la cuestión de si dichas excepciones se oponen de modo general a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* o solo a esta última (secc. D). En relación con la primera de las dimensiones, se abordan sucesivamente las siguientes supuestos: los crímenes internacionales (secc. A), los daños producidos en el territorio del Estado del foro (secc. B) y la corrupción (secc. C). Como resultado de dicho examen, en la sección E del presente capítulo se incluye el proyecto de artículo 7 dedicado a los supuestos en que la inmunidad no resulta aplicable.

A. Crímenes internacionales

178. Como ya se señaló al inicio del presente informe, la comisión de crímenes internacionales ha constituido el foco central de atención en el debate sobre los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ello se explica, sin duda, por dos factores que han de ser recordados en este momento: la vinculación de los crímenes internacionales con el concepto de normas de *ius cogens*, por un lado, y la inevitable comparación entre inmunidad y lucha contra la impunidad, por otro. Además, la importancia atribuida a los crímenes internacionales en el debate sobre las excepciones a la inmunidad está igualmente relacionada, e incluso influida, por el proceso de institucionalización del derecho internacional penal que se produce desde finales del siglo XX y que se refleja, esencialmente, en la creación de los tribunales penales internacionales.

179. La práctica analizada en las páginas precedentes pone de manifiesto cómo, en una u otra forma, los tribunales nacionales han tomado en consideración los crímenes internacionales en conexión con la inmunidad. A este respecto, si bien la práctica es variada, se puede apreciar en la misma una clara tendencia a considerar la comisión de los crímenes internacionales como uno de los motivos que justifican la no aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del

Estado extranjero, bien sea sobre la base de la consideración de los citados crímenes como un acto no oficial, bien sea por considerar a los mismos como una excepción a la inmunidad que se justifica por la gravedad de dichos actos y por su afectación a los valores y principios jurídicos reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. Por otro lado, aunque los tribunales nacionales han reconocido en ocasiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera incluso en el caso de la comisión de crímenes internacionales, no puede olvidarse que lo han hecho siempre en el marco de la inmunidad *ratione personae* y solo con carácter extraordinario en relación con la inmunidad *ratione materiae*. En todo caso, ha de subrayarse el hecho de que la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado nunca ha sido reconocida por los tribunales penales internacionales en el ejercicio de su propia jurisdicción.

180. En consecuencia, parece posible concluir *prima facie* que el derecho internacional contemporáneo contempla la existencia de un primer límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que opera en los casos en que los citados funcionarios son sospechosos de haber cometido un crimen internacional. Sin embargo, esta afirmación ha sido objetada por un sector doctrinal³¹⁷ y se enfrenta también a algunos ejemplos de la práctica en que la inmunidad de los funcionarios extranjeros ha sido aplicada por los tribunales nacionales incluso en el supuesto de la presunta comisión de crímenes internacionales. En las siguientes páginas se analiza la cuestión de los crímenes internacionales y su relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado desde dos perspectivas distintas, a saber: *a)* la existencia de una costumbre internacional que defina dicho límite o excepción; y *b)* la categorización sistémica de los crímenes internacionales como límite o excepción a la inmunidad. Aunque ambas aproximaciones guardan una estrecha relación entre sí, en este informe se abordan de forma separada por razones de claridad expositiva. Por último, se abordará en esta subsección la cuestión de cuáles son los crímenes internacionales que pueden limitar o exceptuar el ejercicio de la inmunidad.

1. El límite o excepción basado en la comisión de crímenes internacionales como norma consuetudinaria

181. Aunque del análisis de la práctica que se ha realizado en el capítulo II *supra*, en especial —pero no solo— la práctica legislativa y judicial nacional, se deduce una tendencia que permitiría considerar a los crímenes internacionales como límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no es menos cierto que en ocasiones se ha puesto en duda que dicha práctica sea suficientemente constante y homogénea para constituir el elemento material de una costumbre internacional. Además, se ha puesto igualmente en duda si la citada práctica va acompañada de una convicción de actuar conforme a una obligación jurídica que pueda ser constitutiva de *opinio iuris*. Y, por último, se ha señalado la existencia de una jurisprudencia internacional homogénea que mantiene una posición contraria a la existencia de dicha excepción, respecto de la que se ha afirmado también su superioridad frente a la jurisprudencia nacional a la hora de identificar la existencia

³¹⁷ Véase en este sentido Ingrid Wuerth, «*Pinochet's legacy reassessed*», AJIL, vol. 106 (2012), págs. 731 a 768; Roger O'Keefe, «An "International Crime" Exception to Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Not Currently, Not Likely», en Simposio sobre inmunidad de funcionarios del Estado de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), págs. 167 a 172.

de una costumbre que defina a la comisión de crímenes internacionales como un límite o excepción frente a la inmunidad. En definitiva, lo que se está poniendo en duda es la existencia de una norma consuetudinaria que defina a los crímenes internacionales como una excepción o límite a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado³¹⁸.

182. La determinación de si existe o no esa costumbre no es una cuestión menor, y el debate que se ha generado en torno a esta cuestión no puede ser ignorado. Por el contrario, su análisis en el presente informe es necesario y útil por cuanto puede afectar a la decisión que tome la Comisión respecto de la inclusión de dicho límite o excepción en el proyecto de artículos en curso de elaboración, una decisión que constituye, sin duda, uno de los aspectos más sensibles y difíciles de nuestro trabajo, pero que también es del mayor interés para los Estados y para la comunidad internacional en su conjunto.

183. Para llevar a cabo este análisis, es útil hacerlo a la luz de los trabajos en curso de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, y en especial a la luz de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción³¹⁹, de los que la Comisión ha tomado nota en la primera parte del presente período de sesiones. De dichos proyectos de conclusiones se pueden deducir los siguientes elementos que son de interés a los efectos del presente informe:

a) La existencia de una costumbre internacional requiere que exista “una práctica general que está aceptada como derecho (*opinio juris*)”³²⁰;

b) La práctica relevante “es principalmente la práctica de los Estados”³²¹, que “consiste en el comportamiento del Estado, en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole”³²²;

c) Dicha práctica “puede revestir una gran variedad de formas” y puede incluir “en determinadas circunstancias la inacción”³²³. A nuestros efectos, cabe destacar las siguientes formas: “los actos [...] diplomátic[os]; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; [...] los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales”³²⁴;

d) Deberá tenerse en cuenta toda la práctica disponible del Estado, que deberá ser valorada en su conjunto³²⁵, teniendo en cuenta que “no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica”³²⁶;

³¹⁸ O’Keefe, «An “International Crime” ...». Por el contrario, Pedretti, *Immunity of Heads of State*..., págs. 57 a 98, realiza un interesante estudio sobre el proceso de creación de dicha costumbre que le permite concluir su existencia.

³¹⁹ Véase [A/CN.4/L.872](#).

³²⁰ *Ibid.*, proyecto de conclusión 2.

³²¹ *Ibid.*, proyecto de conclusión 4, párr. 1.

³²² *Ibid.*, proyecto de conclusión 5.

³²³ *Ibid.*, proyecto de conclusión 6, párr. 1.

³²⁴ *Ibid.*, proyecto de conclusión 6, párr. 2.

³²⁵ *Ibid.*, proyecto de conclusión 7, párr. 1.

³²⁶ *Ibid.*, proyecto de conclusión 6, párr. 3.

e) En todo caso, la práctica “ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante”³²⁷;

f) Para que dicha práctica sea constitutiva de una costumbre internacional, “ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho”³²⁸;

g) La valoración de la práctica y la *opinio iuris* se ha de realizar “ten[iendo] en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno [de los] medios” que se utilizan a tal fin³²⁹; y

h) “[L]as decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, [...] constituyen un medio auxiliar de determinación” de la normas consuetudinarias³³⁰, pero no son en sí mismas una práctica a los efectos de la formación de la costumbre internacional³³¹.

184. Teniendo en cuenta estas orientaciones proporcionadas por la propia Comisión, la Relatora Especial considera que es posible concluir la existencia de indicios suficientes para afirmar que existe una norma consuetudinaria que consagra a los crímenes internacionales como un límite o excepción a la inmunidad por las siguientes razones:

a) A pesar de la diversidad de posiciones adoptadas por los tribunales nacionales en los casos analizados *supra*, es posible identificar una inclinación de la balanza a favor de la existencia de la excepción, en especial, pero no solo, cuando los tribunales nacionales han actuado en el marco de la jurisdicción penal;

b) En los casos en que los tribunales nacionales han aplicado alguna forma de límite o excepción basada en la comisión de crímenes internacionales, lo han hecho siempre refiriéndose a la incompatibilidad de dichos crímenes con normas y principios jurídicos vigentes en el derecho internacional contemporáneo, lo que permite afirmar que las decisiones de los tribunales nacionales están basadas en la convicción de que actúan conforme a lo exigido por el derecho internacional y no por el ejercicio de una absoluta discrecionalidad que, por otro lado, sería difícilmente compatible con el ejercicio de la función judicial. Esta conclusión tiene aun mayor importancia cuando las decisiones de los órganos judiciales se han adoptado en países que, en el momento de tomar dichas decisiones, carecían de normas específicas referidas al ejercicio de la inmunidad o, aun cuando existieran, no se referían expresamente a una eventual excepción por crímenes internacionales. Otro tanto cabe decir de los supuestos en que los tribunales nacionales han ejercido su jurisdicción sin referencia alguna a la cuestión de la inmunidad respecto de determinados funcionarios del Estado cuando deberían haberlo hecho si la consideraban aplicable, bien porque en la misma decisión judicial se han referido a la inmunidad respecto de otros funcionarios del Estado (reconociéndola incluso), bien porque en otras decisiones judiciales los tribunales del Estado se hayan

³²⁷ *Ibid.*, proyecto de conclusión 8, párr. 1.

³²⁸ *Ibid.*, proyecto de conclusión 9, párr. 1.

³²⁹ *Ibid.*, proyecto de conclusión 3, párr. 1.

³³⁰ *Ibid.*, proyecto de conclusión 13, párr. 1.

³³¹ Véase al efecto, la forma en que los proyectos de conclusión 6, párr. 2, 10, párr. 2 y 13, párr. 2 se refieren al papel de las decisiones de tribunales nacionales y la forma limitada en que el proyecto de conclusión 13, párr. 1 se refiere a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales (*ibid.*).

referido a dicha inmunidad en relación con crímenes internacionales presuntamente cometidos por funcionarios del Estado;

c) La inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en los casos de comisión de crímenes internacionales se refleja en la actualidad no solo en la práctica judicial, sino también en leyes nacionales aprobadas en las dos últimas décadas que, de modo progresivo, han ido incluyendo expresamente dicho límite o excepción en los derechos internos;

d) La práctica de los Estados en ámbitos distintos al judicial y legislativo, en especial en el seno de organizaciones internacionales, expresa igualmente una posición mayoritaria a favor de la configuración de los crímenes internacionales como límite o excepción a la inmunidad, como se pone de manifiesto, en especial, en las declaraciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión en relación con este tema y en las contribuciones escritas de los Estados en respuesta a las preguntas que les han sido formuladas por la CDI en el marco del presente tema;

e) La existencia de un límite o excepción a la inmunidad basado en la comisión de crímenes internacionales ha sido recogida igualmente en la doctrina de los publicistas, que ha de ser considerada como un “medio auxiliar” para la identificación de la costumbre. Y en este sentido, debe reservarse un lugar especial al Instituto de Derecho Internacional, que, desde el inicio del presente siglo, se viene refiriendo a la existencia de dicha excepción en varias de sus resoluciones.

185. No puede silenciarse, sin embargo, que las conclusiones que se acaban de expresar *supra* se enfrentan a algunos argumentos críticos vertidos en publicaciones académicas y por algunos Estados, a saber: *a)* la existencia de práctica igualmente significativa en contra de la aplicación de un límite o excepción a la inmunidad basado en la comisión de crímenes internacionales; *b)* la jurisprudencia internacional, en especial las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha manifestado en contra de la existencia de un límite o excepción basado en la comisión de crímenes internacionales; y *c)* la afirmación de que la práctica estatal sobre la que se pretende construir una norma consuetudinaria no responde a la categoría de práctica general y, además, no es suficientemente homogénea ni representativa. La importancia de estos argumentos no puede ignorarse ni minusvalorarse, pero la Relatora Especial considera que deben ser sometidos a una valoración matizada.

186. Por lo que se refiere a la primera de las objeciones apuntadas, ha de destacarse que la misma se apoya en una práctica general referida no solo a la inmunidad de los funcionarios del Estado sino también, y de manera muy destacada, a la inmunidad del Estado. Ello plantea la cuestión de si dichos argumentos pueden ser considerados como relevantes a los efectos que ahora nos interesan, ya que resulta difícil considerar que tengan en cuenta “el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias”³³² de los medios de valoración utilizados a los que se ha hecho referencia *supra*.

187. En segundo lugar, no puede olvidarse tampoco que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de la gran importancia que ambos tribunales tienen en el seno del ordenamiento jurídico internacional, tan solo pueden ser consideradas como un “medio auxiliar”

³³² A/CN.4/L.872, proyecto de conclusión 3.1.

de determinación de la existencia de una práctica acompañada de *opinio iuris* que sea relevante para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, sin que puedan en ningún caso sustituir a los tribunales nacionales en el proceso de formación de la costumbre. El papel de los tribunales nacionales es, además, de especial importancia en el tema que nos ocupa, ya que la inmunidad se alega siempre ante los mismos y sus decisiones constituyen un elemento irrenunciable a la hora de identificar lo que un determinado Estado considera como derecho internacional. Además, como ya se ha señalado *supra*, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que habitualmente se emplean como criterio de autoridad están directamente relacionadas con la inmunidad del Estado y, cuando se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, tienen un alcance limitado (en especial las de la Corte Internacional de Justicia) ya que se sitúan exclusivamente en el ámbito de la inmunidad *ratione personae*.

188. Mayor valor tienen los argumentos relativos al carácter no general de la práctica sobre la que se pretende sustentar la existencia de un límite o excepción a la inmunidad. En relación con la misma, es cierto que el número de decisiones de tribunales nacionales, de normas internas y de declaraciones de otro tipo formuladas por los Estados es reducido y, en ocasiones, su contenido no es totalmente homogéneo y uniforme. Sin embargo, como la propia Comisión viene reconociendo en sus trabajos en curso sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la relevancia del volumen de la práctica debe valorarse a la luz del ámbito en el que la misma se produce³³³. Y, en el caso que nos ocupa, dicho ámbito es necesariamente reducido por la propia naturaleza de los actos a que se refiere (los crímenes internacionales) que, a pesar de su gravedad, se producen excepcionalmente en la sociedad internacional. A ello ha de añadirse el limitado número de ordenamientos nacionales que permiten el enjuiciamiento de dichos crímenes cuando los mismos se han cometido en el extranjero y por extranjeros, lo que reduce igualmente el volumen de la práctica. Por otro lado, por lo que se refiere a la coexistencia de sentencias que aplican una forma de límite y excepción con sentencias que, a pesar de la presencia de crímenes internacionales, aplican la inmunidad, ha de señalarse que ello no es en absoluto ajeno al proceso de formación de una costumbre internacional en el que, por virtud del carácter informal y espontáneo del mismo, se aprecia la convivencia de práctica discrepante, al menos durante el proceso de formación de la norma, sin que ello perjudique a su nacimiento. Por último, por lo que se refiere al carácter no representativo de la práctica, debe destacarse que es posible identificar manifestaciones de la práctica en distintos ámbitos regionales y que, incluso cuando el tema de la relación entre inmunidad y crímenes internacionales ha sido cuestionada en un determinado ámbito regional, ello no afecta a la aplicabilidad del límite o excepción respecto de cualquier forma de inmunidad sino solo respecto de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*. El debate que ha tenido lugar en África en los últimos años, al que se ha hecho referencia *supra*³³⁴, constituye un buen ejemplo de ello. En todo caso, aun en el supuesto de que se pudiera cuestionar la existencia de una práctica general relevante para dar lugar al nacimiento de una costumbre internacional, no

³³³ Sobre el carácter “general” de la práctica, véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, documento [A/CN.4/672](#), en especial los párrafos 52 a 57.

³³⁴ Véase el capítulo III, secc. B.

parece posible en ningún caso negar la existencia de una clara tendencia que reflejaría una costumbre emergente.

189. En consecuencia, a juicio de la Relatora Especial, la comisión de crímenes internacionales puede considerarse en la actualidad como un límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los Estados que se basa en una norma de derecho consuetudinario internacional.

2. La fundamentación sistémica de los crímenes internacionales como excepción a la inmunidad

190. Con independencia de la existencia o no de una norma consuetudinaria que defina a los crímenes internacionales como límites o excepciones a la inmunidad, un análisis sistémico de la relación entre inmunidad y crímenes internacionales dentro del derecho internacional contemporáneo permite encontrar diversos fundamentos a favor de dicha calificación.

a) Protección de los valores de la comunidad internacional en su conjunto: ius cogens y lucha contra la impunidad

191. Como ya se ha señalado anteriormente, la práctica judicial nacional nos ofrece ejemplos en los que los crímenes internacionales son abordados bien sea como límite, bien sea como excepción a la inmunidad. En el primero de los casos, la comisión de crímenes internacionales no queda cubierta por la inmunidad, ya que los actos en cuestión no pueden ser caracterizados como actos realizados a título oficial. En el segundo de los supuestos, la comisión de crímenes internacionales constituiría una excepción a la inmunidad incluso en el caso de que dichos crímenes se hayan producido en el marco de una política estatal o en conexión con el ejercicio de actividades estatales y, por ello, pueden ser considerados como actos realizados a título oficial. Ambas aproximaciones tienen, en cualquier caso, una consecuencia común: los crímenes internacionales no pueden quedar cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

192. Las razones aducidas en ambos casos tienen carácter sustantivo y están vinculadas con la caracterización de los crímenes internacionales como actos contrarios a valores, normas y principios jurídicos fundamentales de la comunidad internacional y, en última instancia, están vinculadas también con la afirmación de la incompatibilidad de dichos crímenes con normas de *ius cogens* que no admiten derogación. En ambos casos, la configuración de los crímenes internacionales como límite o excepción a la inmunidad se conecta igualmente con las exigencias derivadas de la identificación de la impunidad de los más graves crímenes internacionales como un fenómeno no deseado por la comunidad internacional en su conjunto que, por ello, coopera a fin de lograr su desaparición.

193. Que los crímenes internacionales son contrarios a los valores, normas y principios jurídicos fundamentales de la comunidad internacional no admite argumento en contrario y es admitido incluso por quienes consideran que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera puede aplicarse en el caso de los crímenes internacionales. Dicha afirmación constituye, en todo caso, la premisa sobre la que se construye la lucha contra la impunidad como uno de los valores y objetivos de la sociedad y el derecho internacional de nuestros días. Sin embargo, aunque ello sea evidente y no haya sido puesto en duda, sí se ha cuestionado el

carácter jurídico de ambas afirmaciones, concluyendo que ambos elementos son meros valores y tendencias que no encuentran su plasmación en normas jurídico-internacionales. Dicho cuestionamiento no soporta, sin embargo, un análisis sistémico de este fenómeno en el marco del derecho internacional contemporáneo.

194. En efecto, aunque los conceptos de impunidad y de lucha contra la impunidad tienen un componente sociológico innegable, no se puede negar tampoco que ambos se han convertido en categorías jurídicas como consecuencia de la evolución experimentada por el derecho internacional tras la Segunda Guerra Mundial. La juridificación de ambos conceptos se ha producido a partir de la consolidación de dos grandes sectores del derecho internacional contemporáneo, a saber: el derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y el derecho internacional penal, por otro³³⁵.

195. La juridificación del concepto de “impunidad” se produce a partir de la transformación en normas jurídicas de valores sociales. A los efectos que ahora nos interesan, dicha juridificación se ha producido, esencialmente, a través de la proclamación por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de un conjunto de obligaciones referidas esencialmente a los derechos inherentes a la dignidad humana tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz que, en caso de no ser respetadas, generan efectos jurídicos bien sea sobre el Estado, bien sea sobre los propios individuos. En el primero de los planos, a través de las reglas propias de la responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado por violación de los derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario; en el segundo, a través de la definición de crímenes internacionales de los que se puede derivar la responsabilidad penal individual de sus autores. Ambos supuestos constituyen expresiones de la categoría genérica de la responsabilidad que, en el ámbito de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal, se ha traducido en la expresión “rendición de cuentas” (*accountability* en inglés). Como opuesto al concepto jurídico de “rendición de cuentas” aparece el concepto de “impunidad”, entendido en términos negativos como expresión de la “no rendición de cuentas” y que, al igual que la primera categoría, tiene naturaleza jurídica³³⁶. Además, los

³³⁵ No es de extrañar, por tanto, que la relación de la inmunidad con los crímenes internacionales haya sido analizada en los estudios publicados en las dos últimas décadas desde la doble perspectiva de su relación con el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, véase Van Alebeek, *The immunity of States...* Respecto del componente de derechos humanos en este debate, véase Stacy Humes-Schulz, «Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21, núm. 1 (primer trimestre de 2008), págs. 105 a 142; Jo Stigen, «Which immunity for Human Rights Atrocities?», en Chile Eboe-Osuji (ed.), *Protecting Humanity. Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 749 a 788; Beth Stephens, «Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (noviembre de 2011), págs. 1163 a 1183. Téngase igualmente en cuenta que el informe elaborado por la Sra. Fox para el Instituto de Derecho Internacional que sirvió de base a la adopción de la resolución de Nápoles (2009) llevaba por título «The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law».

³³⁶ En relación con la rendición de cuentas y la impunidad, véanse, Daniel W. Van Ness, «Accountability», en Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott (eds.), *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Paul Craig, «Accountability», en Damian Chalmers y Anthony Arnull (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015 (quien ha señalado que la

elementos a los que se aplica la “rendición de cuentas” y que quedan sin protección como consecuencia de la “impunidad” son igualmente valores jurídicos: los derechos humanos internacionalmente reconocidos, las normas esenciales de protección de las víctimas en el marco de un conflicto armado y la prohibición de ciertos medios y métodos de combate. Nadie dudaría en la actualidad de que dichos elementos constituyen normas de derecho internacional.

196. Junto a ello, el concepto de “lucha contra la impunidad” también ha sido objeto de juridificación, en especial a través de la puesta en marcha de mecanismos de cooperación internacional cuyo objetivo es, en un primer momento, deducir la responsabilidad del Estado por violación de las normas antes mencionadas y, más recientemente, deducir la responsabilidad penal individual. Dichos mecanismos operan, sin duda, a nivel internacional mediante la creación de órganos de distinta naturaleza, incluso judicial, para la protección internacional de los derechos humanos, así como mediante la constitución de tribunales penales internacionales.

197. Sin embargo, la cooperación internacional no se limita al establecimiento de órganos y procedimientos internacionales. Por el contrario, debe recordarse que la práctica totalidad de los tratados internacionales que instituyen sistemas de protección de derechos humanos imponen al Estado la obligación de establecer en su derecho interno vías de recurso adecuadas a tal fin³³⁷. Ello es aún más evidente

rendición de cuentas puede tener aspectos políticos, jurídicos y financieros); Ramesh Thakur y Peter Malcontent (eds.), *From sovereign impunity to international accountability: the search for justice in a world of states*, Tokyo, United Nations University Press, 2004; Andrea Bianchi, «Serious violations of human rights and foreign states’: accountability before municipal courts», en Lal Chand Vohrah y otros (eds.), *Man’s inhumanity to man: essays in international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer, 2003, págs. 149 a 182. El relevante papel reconocido a la rendición de cuentas en el marco del estado de derecho ha sido destacado por la Asamblea General. Así, en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, los Estados se “[comprometen] a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional, y, con ese fin, [se alienta] a los Estados a que fortalezcan los sistemas e instituciones judiciales nacionales” (párr. 22), al tiempo que “[destacan] la importancia de un enfoque global de la justicia de transición que abarque toda la gama de medidas judiciales y no judiciales dirigidas a garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la cicatrización de las heridas y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho. A este respecto, [subrayan] que los procesos de búsqueda de la verdad, entre ellos los que investigan los tipos de violaciones anteriores de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como sus causas y consecuencias, son herramientas importantes que pueden servir de complemento a los procesos judiciales” (párr. 21) (resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012).

³³⁷ En el ámbito universal, véanse Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 2, párr. 3, apdo. a, y 14 (véase también la Observación general núm. 32, aprobada en 2007 [Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40)*, vol. I, anexo VI]; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2, apdo. c). En el ámbito regional: Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 6 y 13; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 47; Convención Americana sobre Derechos Humanos,

en el caso de la cooperación para la represión de los crímenes internacionales, que, conforme al modelo clásico anterior a la creación de los tribunales penales internacionales, dejaba exclusivamente en manos de los Estados (y sus tribunales) la represión de los crímenes internacionales a través del derecho y las instituciones nacionales. Este modelo se ha mantenido en buena medida en la actualidad a través de la inclusión en los tratados internacionales referidos a crímenes internacionales de una obligación dirigida a los Estados de establecer en su ordenamiento jurídico interno la jurisdicción que permita a sus tribunales nacionales reprimir dichos crímenes³³⁸.

198. Por consiguiente, tanto el concepto de impunidad como el de lucha contra la impunidad tienen un inequívoco contenido jurídico, que opera tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el ordenamiento jurídico interno. El carácter polisémico de ambas expresiones y el hecho de que tengan un evidente significado sociológico no los priva por ello de su naturaleza jurídica, ni los limita a meras categorías ajurídicas o metajurídicas.

199. El carácter jurídico de dichas categorías se ha reflejado, además, en la conexión de las mismas con las normas de *ius cogens*. Así, baste con destacar cómo es generalmente aceptado que buena parte de las normas que reconocen derechos humanos o que prohíben ciertas conductas son inequívocamente normas de derecho imperativo. Por lo que ahora nos interesa, ello se produce especialmente en relación con el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los más graves crímenes de guerra o la tortura, que son comúnmente mencionados entre las violaciones de normas de derecho imperativo. Y así, hay que recordar que la propia Comisión los ha calificado de esta manera en los trabajos previos sobre el derecho de los tratados, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Si los crímenes internacionales constituyen violaciones de normas imperativas de derecho internacional no es de extrañar que algunos tribunales nacionales hayan considerado que esa circunstancia es suficiente para concluir que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no puede aplicarse en los supuestos en que se han cometido crímenes internacionales. En la misma línea se explica también la inclusión en el artículo 27 del Estatuto de Roma de la referencia a la inoponibilidad a la Corte Penal Internacional del cargo oficial y de las inmunidades nacionales e internacionales, por lo que no podrán operar como un mecanismo de defensa procesal a fin de impedir que la Corte ejerza su jurisdicción.

200. Esta concepción del *ius cogens* como la base para excluir la aplicabilidad de la inmunidad ha sido admitida por un buen número de tribunales nacionales y un número considerable de Estados, tal como se ha puesto de manifiesto en el análisis

arts. 8 y 25; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, art. 7. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos afirma que se debe “garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, [y] brindar vías de recurso a las víctimas”: Resolución 27/3 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ([A/HRC/RES/27/3](#)), 3 de octubre de 2014.

³³⁸ Véase Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 5 y 6; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV.

de la práctica que se ha realizado en el capítulo II *supra*. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que dicha argumentación ha sido expresamente rechazada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, con el argumento de la distinta naturaleza de las normas de *ius cogens* y de las normas que rigen la inmunidad del Estado. A lo que ha de añadirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empleado argumentos similares para concluir que la inmunidad de jurisdicción civil del Estado no queda excluida en los casos de actos de tortura respecto de los que, sin embargo, reconoce expresamente que responden a la categoría de violaciones de normas imperativas de derecho internacional.

201. Al margen de la valoración de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia por lo que se refiere a su incidencia sobre la definición de las normas de *ius cogens*, que no es preciso abordar en esta sede³³⁹, ha de destacarse que en la misma la Corte no ha abordado el efecto interpretativo de esta categoría de normas, un elemento de notable interés sobre el que la propia Comisión advirtió ya en su día. En efecto, como ya afirmó la Comisión, la colisión entre normas primarias, como es el caso que nos ocupa, no debe resolverse necesariamente en términos de responsabilidad, siendo preciso tener en cuenta que toda norma de *ius cogens* genera un efecto interpretativo que permite superar las eventuales contradicciones sin necesidad de examinar el problema desde el plano de las normas de responsabilidad.

202. Dicho efecto interpretativo debe ser tenido en cuenta a la hora de abordar la cuestión de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los crímenes internacionales. Así, en la medida en que un crimen internacional encuentre su fundamento en una violación de una norma de *ius cogens*, como sucede inequívocamente en el caso de la tortura, dicha circunstancia deberá ser tenida en cuenta por los profesionales jurídicos para realizar una “interpretación conforme” entre ambas normas. Dicha interpretación habrá de realizarse caso por caso, pero —en principio— permitiría excluir la inmunidad de jurisdicción penal bien por considerar que dichos crímenes no pueden ser actos realizados a título oficial, bien por considerar que la inmunidad debe ceder en determinadas circunstancias especialmente graves que atentan contra valores jurídicos esenciales de la comunidad internacional.

203. Junto a ello, ha de tenerse en cuenta que la conclusión a la que llega la Corte Internacional de Justicia en relación con la inmunidad del Estado no es susceptible de trasladarse automáticamente y en todos sus elementos a la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y las normas de *ius cogens*. Conforme a lo dicho por la Corte en su sentencia de 2012, la

³³⁹ En relación con esta problemática, véase, entre otros, Onder Bakircioglu, «Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law», *International Human Rights Law Review*, vol.1 (2012), págs. 93 a 109; J. Craig Barker, «International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) Judgment of 3 February 2012», *International and Comparative Law Quarterly*, vol.62 (julio de 2013), págs.741 a 752; Andrea Bianchi, «Gazing at the crystal ball (again): state immunity and *jus cogens* beyond Germany v Italy», *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, págs. 1 a 19; François Boudreault, «Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening)», *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), págs. 1003 a 1012; Alexander Orakhelashvili, «Jurisdictional Immunities of the State, ICJ, Feb. 3 2012», *AJIL*, vol. 106, págs. 609 a 616; Jure Vidmar, «Rethinking *Jus Cogens* After Germany v. Italy: Back to Article 53?», *Netherlands International Law Review*, vol. 60, núm. 1 (mayo de 2013), págs. 1 a 25.

razón que explica la compatibilidad entre ambas categorías es el hecho de que mientras que la inmunidad se refiere al procedimiento, las normas de *ius cogens* tienen un carácter sustantivo. Por tanto, el mero establecimiento de una barrera al ejercicio de la jurisdicción no impide que la responsabilidad del Estado pueda deducirse por otra vía y, por tanto, no tiene como efecto una derogación de la norma de *ius cogens*, preservándose de esta forma uno de los caracteres esenciales de las normas imperativas como es la imposibilidad de que puedan ser derogadas por ninguna norma de derecho internacional, a excepción de otra norma de *ius cogens*.

204. Teniendo en cuenta que la Corte Internacional de Justicia se está refiriendo a una inmunidad que opera ante la jurisdicción civil, la responsabilidad que se puede derivar para el Estado y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas (la restitución de un derecho, el pago de una indemnización, la compensación por daños, etc.) puede sustanciarse por otra vía, bien sea interna (acudiendo a los tribunales del Estado cuya responsabilidad civil se pretende) o internacional (recurso a tribunales internacionales, cuando ello es posible; ejercicio de la protección diplomática; arbitraje; o negociación, entre otras). Por tanto, la afirmación de la Corte de que nos encontramos ante una institución exclusivamente procesal no puede ser objeto de oposición en términos estrictamente jurídicos.

205. Sin embargo, esta conclusión no puede ser trasladada de forma mimética al supuesto de la inmunidad a que se refiere el presente informe. En efecto, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado presenta dos características propias que han de ser tenidas necesariamente en cuenta, a saber: a) se ejerce antes los tribunales penales; y b) tiene como efecto bloquear el ejercicio de una actividad jurisdiccional cuyo objetivo es deducir la responsabilidad penal individual respecto de un determinado tipo de crímenes. Comenzando por la segunda de las características, no puede negarse que la deducción de la citada responsabilidad penal y los efectos que de la misma se derivan necesariamente (declaración de inocencia o culpabilidad y, en su caso, imposición de una pena) única y exclusivamente puede producirse a través de un procedimiento penal que no puede ser sustituido por ninguno de los mecanismos alternativos que se han citado en el párrafo anterior, en especial el arbitraje, la protección diplomática o la negociación interestatal. Por consiguiente, la inmunidad tan solo responderá plenamente al concepto de “barrera procesal” cuando sea posible acudir a un mecanismo jurisdiccional penal distinto de los tribunales del Estado del foro para deducir la eventual responsabilidad penal del funcionario del Estado, bien sean los tribunales penales del propio Estado, un tribunal penal internacional competente u otro tribunal nacional que, por aplicación de reglas especiales, tenga competencia para juzgar al funcionario del Estado sin que resulte posible alegar frente al mismo la inmunidad. Asegurar la actuación de alguna de estas jurisdicciones alternativas no se puede realizar, sin embargo, con carácter absoluto, ya que ello dependerá de múltiples circunstancias tales como la existencia de normas especiales en el Estado del funcionario que impidan su enjuiciamiento, la ausencia de competencia del tribunal internacional o la existencia de normas convencionales que permitan inequívocamente la intervención de un tercer Estado. Si ninguna de estas jurisdicciones alternativas puede enjuiciar los crímenes internacionales, se produce el fenómeno que ya ha sido analizado en el capítulo III, secc. A, *supra*: la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pierde su naturaleza exclusivamente procesal y, junto a la misma, adquiere un componente sustantivo que confunde los conceptos de “barrera procesal” y “barrera sustantiva”. La sentencia de la Corte

Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* no ha contemplado este supuesto y, por tanto, no es posible concluir que la afirmación de la Corte respecto de la no incompatibilidad entre inmunidad y normas de *ius cogens* pueda ser aplicada en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en relación con la comisión de crímenes internacionales.

b) *Acceso a la justicia y derecho de las víctimas a la reparación*

206. En estrecha relación con los argumentos que se contienen en los párrafos precedentes, se ha afirmado que aplicar la inmunidad de jurisdicción en relación con los crímenes internacionales constituye una denegación del derecho de las víctimas a acceder a la justicia y a obtener una reparación por los crímenes que han padecido.

207. La denegación del derecho de acceso a la justicia ha sido tradicionalmente uno de los argumentos empleados para limitar el alcance de cualquier forma de inmunidad³⁴⁰. Presenta, sin duda, la *vis attractiva* de ser un derecho básico sin el que no puede entenderse el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo³⁴¹. Sin embargo, como bien ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴², el derecho de acceso a la justicia es susceptible de ser sometido a limitaciones. Y, además, en el caso de la relación del mismo con la inmunidad, se impone una aproximación finalista que tenga en cuenta que —por definición— la inmunidad tiene como función “bloquear” el ejercicio de la función judicial y que por ello está llamada a producir necesariamente una limitación del derecho de acceso a la justicia.

208. Además, en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el derecho de acceso a la justicia presenta unas características propias que han de ser debidamente tenidas en cuenta. En primer lugar, la acción penal no necesariamente va a ser ejercida por quienes han sido víctimas del crimen y, además, el ejercicio de la acción por crímenes internacionales contra funcionarios de un tercer Estado puede estar sometido a ciertos límites establecidos por las legislaciones nacionales, que permiten a los órganos del Estado ejercer un control sobre el ejercicio de la jurisdicción basado, en principio, en la defensa de los intereses públicos del Estado. En segundo lugar, la acción no se ejerce únicamente en defensa de los intereses y derechos individuales de las víctimas, sino en beneficio del orden público nacional e internacional a fin de asegurar el respeto de normas consideradas como esenciales por la comunidad internacional en su conjunto. Y, por último, la finalidad perseguida por la acción no es otra que deducir la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales, lo que únicamente se puede realizar por vía judicial, bien sea a través de la acción de los tribunales del foro, los tribunales del funcionario del Estado o un tribunal penal internacional. En este marco, determinar qué se entiende por derecho de acceso a la justicia y en qué circunstancias dicho derecho no se garantiza cuando opera la inmunidad de jurisdicción penal no es tan simple, ni siquiera cuando nos encontramos ante la comisión de crímenes internacionales.

³⁴⁰ Véase el comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de octubre de 2014 (párr. 122 *supra*).

³⁴¹ Véase, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Golder c. Royaume-Uni*, de 21 de febrero de 1975, *série A* núm. 18, párrs. 28 a 36.

³⁴² Véase el capítulo II, secc. B.2.

209. En efecto, es evidente que el derecho de acceso a los tribunales de un individuo para introducir una querrela o denuncia respecto de la comisión de un crimen internacional se verá limitado por el juego de la inmunidad. Pero este derecho se verá igualmente comprometido en el caso de que la acción penal se inicie por las autoridades competentes del Estado y dicha acción se vea paralizada por la acción de la inmunidad. Para que dicho límite haga incompatible la inmunidad con el derecho de acceso a la justicia es necesario que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la limitación equivalga a una desaparición del derecho mismo. O, dicho en otros términos, que no exista ninguna otra vía de acción para lograr que un tribunal se pronuncie sobre si el crimen internacional se ha cometido o no y si, en su caso, el funcionario del Estado es responsable penalmente de dicho crimen. Si dicha vía de recurso no existe, la inmunidad no solo tendrá el efecto de denegar el derecho de acceso a la justicia sino que, además, permitirá perpetuar una situación cuyo origen se produce por un acto, el crimen internacional, que es contrario incluso a normas imperativas de derecho internacional. Desde esta perspectiva, y en esas especialísimas circunstancias, el derecho de acceso a la justicia puede constituir un fundamento jurídico suficiente para concluir la inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de la comisión de crímenes internacionales.

210. En el caso del derecho de las víctimas de crímenes internacionales a la reparación, no puede negarse que nos encontramos ante uno de los más avanzados desarrollos del derecho penal internacional contemporáneo: la comisión de crímenes internacionales no puede tener como única consecuencia la sanción de los culpables de dichos crímenes, sino que debe completarse con un sistema de reparaciones por los daños infligidos a las víctimas. Esta dimensión de la justicia penal está presente en un buen número de derechos nacionales que contemplan el derecho a la reparación de las víctimas de un crimen. Este derecho se efectuará bien como una consecuencia del propio proceso penal, bien como resultado de un proceso civil cuyo objeto es únicamente obtener el derecho a una reparación por los daños causados por el crimen, con independencia de que se haya pronunciado o no una sentencia penal sobre el mismo.

211. El derecho internacional tampoco es ajeno a este derecho a la reparación. Así, podemos encontrar decisiones de distintos órganos internacionales que reconocen el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales³⁴³. Este derecho a la reparación ha sido incluso alegado ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de*

³⁴³ Véase la resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la resolución 27/3, de 3 de octubre de 2014, del Consejo de Derechos Humanos: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ([A/HRC/RES/27/3](#)); y la Observación general núm. 3, de 13 de diciembre de 2012, del Comité contra la Tortura (Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44* (A/68/44), pág. 271. En relación con el tratamiento del derecho a la reparación por parte de la doctrina, véase, entre otros, Luis M. Cruz, «El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 77 (enero-abril de 2010), págs. 185 a 209.

l'État que, sin embargo, no se ha pronunciado sobre el mismo³⁴⁴. En cualquier caso, el derecho a la reparación de las víctimas de crímenes internacionales se ha consolidado en el Estatuto de Roma, cuyo artículo 75 lo reconoce expresamente, y ha dado lugar a un notable desarrollo tanto institucional³⁴⁵ como jurisprudencial³⁴⁶.

212. Sin embargo, la configuración del derecho a la reparación de las víctimas como fundamento de la existencia de una excepción a la inmunidad basada en la comisión de crímenes internacionales requiere un análisis matizado que está, en buena medida, relacionado con su conexión con el ejercicio de una acción ante los tribunales para reclamar dicha indemnización. En tal marco, ha de tenerse en cuenta que la citada reclamación puede producirse a través de la jurisdicción penal o civil, en este caso sometida o no a la obtención de una condena penal previa. En cada uno de estos casos, el derecho a la reparación de la víctima está llamado a tener un efecto diferente sobre el límite o excepción a la inmunidad. Así, es evidente que debe ser tomado en consideración como fundamento de la misma cuando el derecho a la reparación únicamente se puede obtener a través de un procedimiento penal que, por ello, se convierte en condición indispensable para obtener el derecho a la reparación. En este caso, el efecto que la inmunidad puede tener sobre el derecho a la reparación de las víctimas viene a sumarse al argumento antes referido sobre la dimensión sustantiva de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

213. Sin embargo, la conclusión no es tan evidente en el caso de que el derecho a la reparación tan solo se pueda obtener a través de un procedimiento ante la jurisdicción civil, ya que en este supuesto cabe la posibilidad de que entren en funcionamiento los mecanismos alternativos a que antes se ha hecho referencia. A ello ha de añadirse que, en este supuesto, aparece de nuevo el riesgo de que se produzca una confusión entre la inmunidad del funcionario del Estado y la inmunidad del Estado que, en su caso, podría ser considerado como responsable civil subsidiario.

214. En consecuencia, con independencia del debate abierto sobre la existencia del derecho a la reparación de las víctimas, no parece posible concluir que el derecho a la reparación pueda constituir por sí mismo un fundamento jurídico autónomo a favor de la existencia de una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En todo caso, ello no impide que el derecho a la reparación pueda ser valorado como un argumento jurídico

³⁴⁴ Véase el capítulo II, secc. C.1 *supra*.

³⁴⁵ La Asamblea de Estados Partes ha creado a tal fin el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas que viene desarrollando un importante papel en el sistema general de la Corte. En relación con el mismo, véanse las resoluciones ICC-ASP/1/3 e ICC-ASP/1/Res.6, de 9 de septiembre de 2002 (creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias) y la resolución ICC-ASP/4/Res.3 (Reglamento del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas).

³⁴⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, Decisión por la que se establecen los principios y procedimientos que deben aplicarse a las reparaciones, de 7 de agosto de 2012 (ICC-01/04-01/06-2904). Véase también Sentencia sobre la apelación contra la “Decisión por la que se establecen los principios y procedimientos que deben aplicarse a las reparaciones” de 7 de agosto de 2012 con orden enmendada sobre reparaciones, de 5 de marzo de 2015 (ICC-01/04-01/06-3129). En la misma la Sala de Apelaciones, concluyó que el derecho a la reparación de las víctimas se deriva de la responsabilidad personal del condenado y estableció instrucciones al Fondo Fiduciario para aplicar las reparaciones colectivas. Véase Fernando Val Garijo, *Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal*, Madrid, UNED, 2007 (tesis).

complementario a favor de dicha excepción. En este sentido, resulta especialmente relevante la práctica de ciertos Estados, como Estados Unidos o Canadá, que reconocen en sus ordenamientos internos una excepción a la inmunidad de jurisdicción civil en el caso de ciertas reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de la comisión de crímenes internacionales. En un plano distinto, deben tenerse igualmente en cuenta los trabajos del Instituto de Derecho Internacional, que en su resolución sobre la jurisdicción universal civil en materia de reparación por crímenes internacionales ha declarado tanto el derecho de las víctimas a la reparación como el derecho de acceso efectivo a la justicia para pedir dicha reparación (artículo primero, apartados 1 y 2).

c) *La obligación de enjuiciar los crímenes internacionales*

215. La gravedad de los crímenes internacionales se ha reflejado en la adopción de un cierto número de tratados que imponen a los Estados partes la obligación de ejercer la jurisdicción respecto de dichos crímenes. Esa obligación convencional ha sido considerada por algunos autores como la base jurídica para concluir que la comisión de crímenes internacionales constituye un límite o excepción a la inmunidad³⁴⁷, tomando así nota, en alguna medida, de la experiencia del caso *Pinochet*. Conforme a este planteamiento, el deber de establecer la propia jurisdicción sobre ciertos crímenes internacionales obliga a los Estados partes a ejercer la jurisdicción respecto de cualquier persona que haya cometido los crímenes tipificados en los mismos, no siendo posible aplicar la inmunidad. En cierto sentido, los Estados partes habrían formulado una renuncia implícita al ejercicio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de dichos crímenes.

216. Se trata de una interpretación interesante que pretende preservar el deber de enjuiciar los crímenes internacionales por parte de los tribunales nacionales sin necesidad de afectar a los elementos esenciales de la inmunidad de jurisdicción, en particular la consideración de la inmunidad como un derecho autónomo del Estado, y sin tener que pronunciarse sobre la calificación de los crímenes internacionales como actos realizados a título oficial. Y presenta la ventaja de que se construye sobre una obligación convencional que ha de vincular tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario, por lo que se excluye el debate sobre la existencia o no de una norma consuetudinaria que sirva de base al límite o excepción a la inmunidad. Sin embargo, su valor como fundamento del límite o excepción es limitado, ya que se aplicaría únicamente en el caso de los crímenes internacionales regulados por tratados y no tiene en cuenta la existencia de algunos tratados que no contienen la obligación de establecer la jurisdicción. Pero, sobre todo, resulta difícilmente compatible con el modelo de relación existente entre jurisdicción e inmunidad antes descrito, en el que la segunda únicamente puede operar respecto de una jurisdicción preexistente y en el que, por tanto, no parece coherente sostener que la inmunidad no se aplica precisamente porque el Estado ha establecido previamente su jurisdicción respecto de los crímenes internacionales. En todo caso, este argumento tiene el valor de destacar la importante contribución que los tratados que regulan el fenómeno de los crímenes internacionales han tenido sobre la definición de límites y

³⁴⁷ Véase Dapo Akande y Sangeeta Shah, «Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts», *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 4 (2011), págs. 815 a 852; Pierre d'Argent, «Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute», en Anne Peters y otros (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015, págs. 244 a 266.

excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, así como poner el acento sobre el hecho de que los límites y excepciones a la inmunidad pueden tener, en ciertos casos, una base convencional.

217. En resumen, los argumentos que se han analizado en las páginas precedentes ponen de manifiesto la existencia en el derecho internacional contemporáneo de fundamentos suficientes para deducir que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede encontrar su límite o excepción en la comisión de crímenes internacionales. A juicio de la Relatora Especial, ello avala la inclusión de dicho límite o excepción en el presente proyecto de artículos, con independencia de que se concluya o no la existencia de una costumbre internacional que así lo establezca.

3. Los crímenes internacionales que constituyen un límite o excepción a la inmunidad

218. La definición de un límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera exige, por último, que se delimite el concepto de crimen internacional y se identifiquen cuáles son los comportamientos delictivos que pueden encuadrarse bajo dicha categoría.

219. Como punto de partida, ha de señalarse que el concepto de crimen internacional hace referencia a comportamientos delictivos que tienen trascendencia internacional, bien porque se cometan en espacios internacionales o con una dimensión transnacional o transfronteriza, bien porque afectan a valores jurídicos internacionales con independencia del lugar en que se puedan cometer los mismos. En ambos casos, estos crímenes son objeto de regulación internacional. En la primera categoría se incluyen delitos como la piratería, el tráfico de estupefacientes, el tráfico ilegal de personas, la corrupción y otras formas de criminalidad internacional organizada. En la segunda se incluyen los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra, agresión, tortura, desaparición forzada o *apartheid*. Si en sentido lato ambas categorías de crimen atacan contra los valores e intereses de los Estados y de la comunidad internacional, solo los segundos pueden ser considerados en sentido estricto como “crímenes internacionales” o “crímenes de derecho internacional” que atacan los valores jurídicos esenciales de la comunidad internacional entendida en su conjunto.

220. Por otro lado, si se tiene en cuenta la práctica analizada en el capítulo II de este informe, se puede comprobar cómo es muy reducido el número de crímenes que son incluidos en las legislaciones nacionales como excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Y lo mismo sucede respecto de las decisiones de los tribunales nacionales en las que no se ha aplicado la inmunidad frente a la comisión de los denominados crímenes internacionales. Otro tanto cabe deducir de la práctica convencional y de otros trabajos previos de la Comisión.

221. En realidad, analizando dicha práctica, cabe concluir que los crímenes internacionales que sirven de base para limitar o exceptuar la aplicación de la inmunidad son aquellos respecto de los cuales existe un amplio consenso en la comunidad internacional para considerarlos como crímenes que pueden ser objeto de persecución penal por parte de los tribunales penales internacionales y, en especial, la Corte Penal Internacional. En consecuencia, los crímenes en cuestión deben identificarse con los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

222. Por el contrario, a los efectos del presente informe resulta difícil extender dicha calificación al crimen de agresión aunque el mismo sea igualmente un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional. Y ello por varios motivos, entre los que cabe destacar el hecho de que la competencia de la Corte respecto de este crimen es facultativa y no automática como respecto de los restantes crímenes; que la propia Comisión ya señaló en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de 1996 que dicho crimen debía ser confiado fundamentalmente a los tribunales internacionales por las implicaciones políticas que podía tener en el marco de las relaciones estables entre Estados; y —por último— el reducido número de legislaciones penales nacionales que recogen este crimen. Por otro lado, no es posible identificar en la práctica estatal supuestos en los que el crimen de agresión haya sido calificado como un límite o excepción al ejercicio de la inmunidad, ni a nivel legislativo ni a nivel judicial.

223. Respecto de los crímenes internacionales contenidos en la primera categoría, nada impediría que se estableciese una excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera por vía convencional. Pero su inclusión en la categoría que da lugar a la definición de un límite o excepción de base consuetudinaria no encuentra apoyo en la práctica.

224. Por último, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia nacional que ha dado lugar a la aparición del límite o excepción que se analiza en la presente sección se ha centrado en un buen número de casos en la tortura. Aunque, en principio, dicho crimen puede considerarse incluido en la categoría de crímenes de lesa humanidad, ello no siempre será posible, en especial cuando las torturas no formen parte de una política o plan. A pesar de ello, los tribunales nacionales han exceptuado en ocasiones la inmunidad de jurisdicción en casos de torturas que no siempre han respondido a este parámetro. Por tanto, teniendo en cuenta la gravedad de este comportamiento y que su prohibición ha sido considerada de modo reiterado como una norma de *ius cogens*, parece razonable incluir a la tortura, mencionada de forma expresa, entre los crímenes internacionales cuya comisión constituye un límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En un plano similar se sitúan las desapariciones forzadas, aunque la práctica estatal es más reducida. En todo caso, la gravedad de este comportamiento ha sido calificado como “crimen de derecho internacional” en diversos instrumentos convencionales cuando el mismo se produce de forma sistemática y grave. En esas circunstancias, también parece oportuno incluirlo en la relación de crímenes de derecho internacional cuya comisión limita o exceptúa la inmunidad de jurisdicción a que se refiere el presente informe.

B. La “excepción territorial”

225. La denominada “excepción territorial” (*tort exception* en inglés) tiene su origen en el régimen de las inmunidades diplomáticas y se ha extendido posteriormente al ámbito de la inmunidad del Estado, habiendo sido recogida en todas las legislaciones nacionales que regulan la inmunidad, a excepción de la del Pakistán, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales y de sus Bienes. El contenido de dicha excepción se puede considerar descrito en el ya citado artículo 12 de dicha Convención (véase el párrafo 27 *supra*).

226. Como señaló la Comisión en sus comentarios al artículo 12, esta excepción se justifica por el carácter privilegiado de la jurisdicción estatal en cuyo territorio se producen los hechos. Además, constituye un instrumento para garantizar el acceso a un recurso a los individuos que se ven afectados por los actos cometidos por el funcionario y que no tendrían acceso normalmente a ninguna otra vía de acción para obtener reparación³⁴⁸. Dicha excepción fue también analizada en el memorando de 2007 elaborado por la Secretaría³⁴⁹ y en el segundo informe del Relator Especial, Sr. Kolodkin, quien concluyó que podía constituir una excepción a la inmunidad *ratione materiae* siempre que los hechos se cometieran en el territorio del Estado del foro por un funcionario extranjero que se encontrase en dicho territorio sin una autorización expresa del Estado del foro para realizar actividades propias de su función³⁵⁰.

227. Aunque la citada excepción fue concebida para aplicarse principalmente en el marco de las relaciones diplomáticas, y después se extendió a los actos de agentes y funcionarios de las organizaciones internacionales y a la inmunidad del Estado, lo cierto es que es posible encontrar en la práctica estatal ejemplos en que la excepción territorial ha sido tenido en cuenta por los tribunales del foro para concluir la inaplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios de un Estado extranjero. Se trata de casos en los que los tribunales nacionales han aplicado la excepción territorial en relación con actos constitutivos de lesiones y asesinatos políticos, espionaje o actos de boicot que han sido cometidos en su territorio por funcionarios de un Estado extranjero³⁵¹. En estos casos, los tribunales han excluido la aplicabilidad de la inmunidad a pesar de reconocer el carácter de funcionario de la persona interesada y la existencia de un vínculo entre el Estado del funcionario y el acto en cuestión.

³⁴⁸ Véase el capítulo II, secc. A *supra*.

³⁴⁹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento [A/CN.4/596](#), párrs. 162 a 165.

³⁵⁰ Véase documento [A/CN.4/631](#), párrs. 81 a 86.

³⁵¹ Véanse los siguientes asuntos: Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 15 de mayo de 1995 (no reconoce la inmunidad respecto de agentes de inteligencia de la antigua República Democrática Alemana); *R. c. Mafart y Prieur (Rainbow Warrior)*, fase judicial, Nueva Zelanda, Tribunal Superior de Auckland, sentencia de 22 de noviembre de 1985 (atentado contra un barco de *Greenpeace* que produjo la muerte a un ciudadano neerlandés y el hundimiento del buque; el Tribunal no se planteó el tema de la inmunidad); asunto *Abu Omar*, Italia (citado por P. Gaeta, «*Extraordinary renditions* e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati terzi: il caso *Abu Omar*», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVI (2006), págs. 126 a 130 (secuestro y traslado ilegal de una persona); *Letelier c. Chile*, Estados Unidos, 748 F.2d 790 (2º circuito, 1984), ILR, vol. 79, pág. 561; *Jiménez c. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones, 5º circuito, 1962); *In Re Doe I y otros c. Liu y otros*, *Xia Deren y otros*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, N.D. California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW); *Khurts Bat c. Tribunal Federal de Alemania*, Reino Unido, [2011] EWHC 2029 (Admin) (secuestro y traslado ilegal de una persona en Alemania) (esta sentencia realiza un interesante análisis de la excepción en los párrafos 86 a 101). Los tribunales de Italia y Grecia han aceptado igualmente esta excepción en los asuntos *Ferrini c. República Federal de Alemania*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674, y *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Grecia, Tribunal de Casación, sentencia de 4 de mayo de 2000, ILR, vol. 129, pág. 513 (véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*). También se ha referido a esta excepción el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Blaškić*, caso IT-95-14-AR108 bis, demanda de revisión de la decisión de la Sala de primera Instancia II de 18 de julio de 1997, sentencia de la Sala de Apelaciones, de 29 de octubre de 1997, párrafo 41.

228. En algún caso los tribunales han concluido que, a pesar de todo, la inmunidad se seguía aplicando, justificándolo con la calificación de los actos en cuestión como actos *iure imperii* y la inmunidad como inmunidad del Estado y no de sus funcionarios. Este ha sido el caso de la sentencia del tribunal irlandés en el caso *McElhinney* y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los mismos hechos. En el mismo sentido cabe citar el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, en el que la Corte Internacional de Justicia no estimó las pretensiones de Italia respecto de la aplicación de esta excepción por considerar que los actos que habían causado los daños, al haber sido cometidos por las tropas nazis durante un conflicto armado, debían ser calificados como actos *iure imperii*.

229. En resumen, la práctica estatal, aunque escasa, parece consistente en el sentido de reconocer la aplicación de este límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La Relatora Especial considera que esta conclusión, junto con la importancia que reviste en este supuesto el principio de territorialidad, justifica la inclusión de la denominada excepción territorial como un límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción en el proyecto de artículos en curso de elaboración.

C. La corrupción como límite o excepción a la inmunidad

230. Como ya se puso de manifiesto en el cuarto informe de la Relatora Especial, en ocasiones se ha alegado la inmunidad ante los tribunales nacionales en relación con determinados comportamientos que, aunque tengan la apariencia de haber sido realizados a título oficial, se han producido en interés exclusivo del funcionario del Estado respecto del que se pretende ejercer la jurisdicción. Junto a ello, la inmunidad ha sido alegada por funcionarios del Estado frente a procesos penales referidos a actividades que nada tienen que ver con las funciones del Estado (malversación de fondos, blanqueo de capitales, etc.), pero que solo se han podido producir por la condición de funcionario de su autor y que, además, causan normalmente un perjuicio económico al Estado del funcionario. En estos supuestos, la reacción de los tribunales nacionales ha consistido de modo generalizado en un rechazo de la inmunidad³⁵². Se trata de una categoría amplia en la que cabe incluir la malversación, la desviación y apropiación de fondos públicos, el blanqueo de capitales y otras manifestaciones de la corrupción.

231. En todos estos supuestos, cabría afirmar con carácter general que, a la luz de los criterios establecidos en el cuarto informe, no nos encontramos ante actos que puedan ser considerados como realizados a título oficial. Por consiguiente, en principio, no sería necesario analizarlos ahora desde la perspectiva de los límites y

³⁵² Véanse, en particular, los siguientes casos: Suiza, *Adamov* (véase la nota 231 *supra*); Chile, *Fujimori*, Corte Suprema, juez de primera instancia, sentencia de 11 de julio de 2007, asunto núm. 5646-05, párrafos 15 a 17 (la decisión se adopta en un proceso de solicitud de extradición por graves violaciones de derechos humanos y corrupción); Francia, *Teodoro Nguema Obiang Mangue* Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda sala de instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015. La afirmación citada se realiza por el Tribunal tras retomar los argumentos y afirmaciones de la sentencia de 13 de junio de 2013 California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW). Por el contrario, un tribunal suizo mantuvo la inmunidad incluso en un supuesto de desviación de fondos públicos: asuntos *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police* (véase la nota 239 *supra*).

excepciones. Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que, en un cierto número de casos, no resulta fácil definir de forma nítida los límites de la consideración del acto como oficial o privado, en especial porque el mismo solo ha podido realizarse a partir de la condición oficial de su autor y aprovechando la estructura del Estado, y en un cierto número de casos mediante actos que revisten apariencia de oficialidad. A pesar de ello, incluso en estos supuestos en que los límites no son seguros, los tribunales nacionales —como regla— han concluido en la inaplicabilidad de la inmunidad, apoyándose en la mayoría de los supuestos en la concurrencia de la voluntad perseguida por el autor de los hechos, a saber: aprovechar su posición oficial en beneficio exclusivamente propio causando un perjuicio al Estado del que son o han sido funcionarios. Se trata, por tanto, de un supuesto claro de lo que ha sido calificado *supra* como un límite a la inmunidad, ya que la inaplicabilidad de la misma se deriva de la incompatibilidad del supuesto de hecho que genera el intento de ejercicio de la jurisdicción con uno de los elementos normativos de la inmunidad.

232. Esta circunstancia es especialmente clara en los actos que podemos denominar como corrupción en los que el funcionario del Estado actúa de forma ilegal, contraviniendo su mandato, o de forma *ultra vires*, actuando fuera del mandato. Como se señaló en los anteriores informes, el carácter ilícito del acto realizado por el funcionario no necesariamente le sitúa fuera de la cobertura de la inmunidad si es posible identificar que el mismo, a pesar de ser ilícito, fue realizado a título oficial, es decir, en ejercicio de funciones del Estado. Por el contrario, los actos *ultra vires*, en principio, no pueden beneficiarse de la inmunidad ya que, por definición, se presume que no han sido realizados en el ejercicio de las funciones del Estado y, por tanto, que nunca se realizaron a título oficial.

233. Sin embargo, las conclusiones que se acaban de formular, aun siendo teóricamente incontestables, se enfrentan a un número importante de dificultades y, en todo caso, deberían ser determinadas caso por caso por el tribunal nacional competente. Ello introduce una cierta inseguridad en un sector como el de la corrupción de los funcionarios públicos que constituye un foco de gran preocupación para los Estados, como lo demuestra la celebración de tratados internacionales dedicados a esta grave práctica tanto a nivel universal como regional. Aunque dichos tratados no se refieren generalmente a la cuestión de la inmunidad a los efectos de impedir su aplicación en los casos de corrupción de los funcionarios públicos extranjeros, sí han establecido un conjunto de principios cuya finalidad esencial es garantizar el ejercicio efectivo de la jurisdicción estatal para la represión de dichos comportamientos³⁵³.

234. Por ello, teniendo en cuenta la práctica judicial y el hecho de que la represión de la corrupción a nivel interno e internacional constituye un objetivo destacado de la cooperación internacional³⁵⁴, podría ser oportuno incluir en el proyecto de artículos

³⁵³ En este sentido, véase Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 42 y 44 a 46; Convenio Penal sobre la Corrupción, arts. 17 y 25 a 27; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. V; y Convención de la Unión Africana para la Prevención y la Lucha contra la Corrupción, arts. 13, 15, 18 y 19.

³⁵⁴ En un plano cercano al del presente informe, debe destacarse que la Unión Africana ha incluido la corrupción entre los crímenes de la competencia de la Sección de Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. En un plano más general, la preocupación internacional por el fenómeno de la corrupción y la necesidad de luchar contra la misma se refleja en diversas actividades puestas en marcha por la OCDE y por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. La propia Asamblea General ha afirmado la necesidad de

una disposición que defina expresamente la corrupción como un límite o excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

D. Los límites y excepciones ante la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*

235. Una vez identificados los supuestos que pueden constituir límites o excepciones a la inmunidad, es preciso determinar si los mismos se aplican con carácter general a toda forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*ratione personae* y *ratione materiae*) o solo a alguna de ellas (*ratione materiae*). En definitiva se trata de determinar si los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, mientras que se encuentran en el ejercicio del cargo, se ven afectados o no por los límites o excepciones a la inmunidad antes analizadas.

236. Dicha determinación ha de realizarse sobre la base de tres consideraciones, a saber: *a*) la forma en que esta cuestión ha sido abordada en la práctica; *b*) la finalidad perseguida y los bienes protegidos por la inmunidad *ratione personae* y por la inmunidad *ratione materiae*; y *c*) las diferencias existentes en los elementos normativos propios de cada una de estas dos categorías de inmunidad, en especial el elemento temporal. Por su parte, el contenido material de cada uno de los límites y excepciones analizados no ofrece elementos relevantes que nos permitan concluir su aplicabilidad o no respecto de cada una de estas categorías. En puridad, los crímenes internacionales, la corrupción y los daños causados en personas y bienes revisten la misma gravedad con independencia de quiénes cometan este tipo de comportamientos.

aplicar un criterio de tolerancia cero respecto de la corrupción, incluso en el seno de las propias Naciones Unidas, destacando que “el criterio de tolerancia cero aplicado a la corrupción y los actos fraudulentos [...] es indispensable para el fortalecimiento de la rendición de cuentas en todos los niveles” (resolución 70/255 de la Asamblea General, de 1 de abril de 2016: Progresos en el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas en la Secretaría de las Naciones Unidas, párr. 4). Esta preocupación se ha reflejado, además, en la doctrina. Véase Martine Boersma, *Corruption: a violation of human rights and a crime under international law?*, Cambridge, Intersentia, 2012; Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, *Proceedings of the Annual Meeting. April 3-6, 2013*, Panel “Anti-corruption Initiatives in a Multipolar World” (Nicola Bonucci, «The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward?», págs. 247 a 252, Susan Rose-Ackerman, «International Anti-Corruption policies and the U.S. national interest», págs. 252 a 255, y Pascale Hélène Dubois, «Remarks», págs. 255 a 259); José Luis de la Cuesta Arazmendi, «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Eguzkilore*, núm. 17 (diciembre de 2003), págs. 5 a 26; Radha Ivory, *Corruption, asset recovery, and the protection of property in public international law. The human rights of bad guys?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Francisco Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Albolote (Granada), Comares, 2015; Ndiva Koefele-Kale, «“Sed quis custodiet ipsos custodiet?” (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law», *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. XIX (2013), págs. 1 a 16; Kolawole Olaniyan, *Corruption and human rights law in Africa*, Oxford, Hart Publishing, 2014; José Miguel Olivares Tramón, «Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional», en Juan José Romero Guzmán y otros (eds.): *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Eds. Derecho UC, 2009, págs. 319 a 339.

237. Dicho lo anterior, el análisis de la práctica pone de manifiesto cómo los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en toda circunstancia, sin tener en cuenta la eventual concurrencia de alguno de los límites o excepciones examinados *supra*. Ello resulta especialmente evidente en el caso de la comisión de crímenes internacionales, en que los tribunales nacionales han reconocido de modo generalizado la inmunidad de los miembros de la troika. Dicho reconocimiento se ha producido, además, al más alto nivel jurisdiccional, siendo de destacar que incluso en los casos en que algún tribunal de primera instancia ha declarado la inaplicación de la inmunidad por la concurrencia de un crimen internacional, los tribunales superiores han revocado dicha decisión, reconociendo la inmunidad³⁵⁵. Lo mismo cabe afirmar en los otros dos supuestos, no siendo posible encontrar en la práctica casos en que un tribunal nacional haya declarado la inaplicabilidad de la inmunidad a un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio por la concurrencia de la excepción territorial o por actos de corrupción; en este último caso, con la única excepción de las sentencia del Tribunal de Apelación de París en el caso *Teodoro Nguema Obiang Mangue*.

238. Otro tanto cabe decir de las leyes nacionales que contemplan un límite o excepción por crímenes internacionales, que como regla excluyen la aplicación de la misma a los miembros de la troika mientras que se encuentren en ejercicio de sus funciones. Además, las leyes nacionales que no establecen distinción entre los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores y el resto de funcionarios del Estado respecto del juego de la excepción lo hacen con carácter general a los efectos exclusivos de la cooperación con la Corte Penal Internacional. Solo las leyes de Burkina Faso, Comoras, Irlanda, Mauricio y Sudáfrica parecen prever una excepción basada en la comisión de crímenes internacionales que se aplica de forma indistinta a cualquier funcionario del Estado³⁵⁶.

239. A ello ha de añadirse también que la Corte Internacional de Justicia ha declarado expresamente la existencia de una norma consuetudinaria que define una inmunidad total o absoluta respecto de los Ministros de Relaciones Exteriores, aplicable igualmente a los Jefes de Estado y a los Jefes de Gobierno, que no puede ser exceptuada ni siquiera por la comisión de los crímenes de mayor gravedad como son los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Esta limitación de la excepción basada en la comisión de crímenes internacionales a la inmunidad *ratione materiae* ha sido igualmente avalada por la doctrina mayoritaria y, de modo muy especial, por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2009.

240. En consecuencia, hay que concluir que, a la luz de la práctica, no es posible identificar la existencia de una norma consuetudinaria que permita la aplicación de límites o excepciones a la inmunidad *ratione personae*, no siendo posible tampoco identificar una línea de tendencia en tal dirección. Por el contrario, los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplican a los funcionarios del Estado en el marco de la inmunidad *ratione materiae*.

241. La citada limitación no puede entenderse, sin embargo, como una forma de impunidad. Por el contrario, debe recordarse que la inmunidad *ratione personae* tiene una naturaleza eminentemente temporal, tal como se establece en el proyecto

³⁵⁵ Véase el tratamiento del caso *Gadafi* ante los tribunales franceses citado *supra*, cap. II, secc. D.

³⁵⁶ Véase el capítulo II, secc. B, *supra*.

de artículo 4, provisionalmente aprobado por la Comisión en 2013. En virtud de esta previsión, debe destacarse que tras el fin de su mandato, un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores tan solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione materiae* por los actos que hayan realizado a título oficial durante su mandato. Por tanto, en dicho momento les será de aplicación plena el régimen de la inmunidad *ratione materiae*, incluidos sus límites y excepciones. O lo que es lo mismo, la exclusión del régimen de límites y excepciones respecto del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores tiene una naturaleza temporal que se explica en particular por el papel representativo del Estado que dichos órganos detentan en el plano de las relaciones internacionales.

242. Es cierto, sin embargo, que en determinadas circunstancias la temporalidad de la exclusión puede convertirse en permanente, en especial en el caso de monarcas que ejercen tal cargo con carácter vitalicio y no pueden ser destituidos, y de Jefes de Estado y de Gobierno que, por diversas razones, se convierten en mandatarios vitalicios. Aunque en estos casos no resulta posible tampoco aplicar los límites y excepciones a la inmunidad, sería conveniente recomendar a los Estados afectados que consideren la posibilidad de levantar la inmunidad de sus funcionarios cuando ello les sea solicitado, en especial en el caso de la comisión de los más graves crímenes internacionales. No obstante, esta recomendación deberá ser analizada en el sexto informe, en el marco de los aspectos procesales de la inmunidad.

E. Proyecto de artículo

243. Sobre la base del análisis realizado en este quinto informe, se propone a continuación un proyecto de artículo sobre los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Además de los argumentos expuestos con anterioridad, es preciso ahora llamar la atención sobre algunas cuestiones que han sido igualmente tenidas en cuenta por la Relatora Especial a la hora de redactar dicho proyecto de artículo.

244. En primer lugar, ha de señalarse que la distinción entre límites y excepciones —si bien es útil en términos metodológicos— resulta controvertida en términos normativos, en especial como consecuencia de las discrepancias referidas a la calificación de un determinado acto como límite o excepción en el sentido analizado *supra*, en especial por lo que se refiere a los crímenes internacionales. La Comisión ya se ha encontrado en el pasado ante una situación similar, con ocasión de la elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. En aquella ocasión, la Comisión adoptó una fórmula prudente consistente en eludir el uso de los términos “límite” o “excepción”, sustituyéndolos por una referencia genérica a “los procesos en que no se puede aplicar la inmunidad”. Esta fórmula ha sido seguida también por la Relatora Especial en el proyecto de artículo propuesto en el presente informe.

245. En segundo lugar, ha de advertirse igualmente que no se ha incluido en el proyecto de artículo la renuncia a la inmunidad por el Estado del funcionario. El carácter eminentemente procesal de dicha institución aconseja abordar dicha cuestión en el marco del sexto informe que, conforme al programa de trabajo propuesto inicialmente por la Relatora Especial, será elaborado una vez finalizado el tratamiento de las cuestiones sustantivas. Dicha aproximación a la renuncia es

coherente con el estudio realizado en su día por la Secretaría y con lo dicho en el tercer informe del Relator Especial, Sr. Kolodkin, y es igualmente conforme con el enfoque seguido en el proyecto de artículos de la Comisión sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y sus bienes.

246. En tercer lugar, se ha tenido igualmente en cuenta el hecho de que nada impide que los Estados definan supuestos de no aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera mediante tratados internacionales. Se trata de una posibilidad que ya se ha producido en la práctica y que es plenamente conforme con el derecho de los tratados. Por dicha razón, se ha incluido una referencia expresa a esta posibilidad en el proyecto de artículo propuesto. Por la misma razón, se ha incluido también una referencia expresa al deber de cooperar con un tribunal penal internacional.

247. Por último, la Relatora Especial desea destacar que la aplicación de este proyecto de artículo se debe entender a la luz de las reglas procesales relativas a la aplicación de la inmunidad que se puedan establecer en el futuro. Aunque dichas reglas no podrán modificar el contenido sustantivo del proyecto de artículo en lo que se refiere a la identificación de los supuestos en que la inmunidad no se aplica, sí podrán establecer condiciones procesales específicas a fin de asegurar que se tienen en cuenta todas las garantías procesales que protegen tanto a los Estados como a los individuos. Sin embargo, no se considera necesario en este momento introducir una referencia expresa a dicha cuestión en el proyecto de artículo.

248. Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, se somete a la Comisión el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 7

Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

- a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;
- b) los crímenes de corrupción;
- c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

- a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;
- b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.

Capítulo V

Plan de trabajo futuro

249. Conforme al programa de trabajo propuesto en su día por la Relatora Especial, en el sexto informe se deberán abordar los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Además, en dicho informe se deberá volver sobre los conceptos de jurisdicción e inmunidad que fueron propuestos originalmente por la Relatora Especial en el segundo informe. Dichos conceptos habrán de ser analizados entonces desde una perspectiva procesal a fin de identificar, en particular, los actos propios de la investigación y enjuiciamiento de un determinado crimen a los que se aplica la inmunidad.

250. Con el análisis de los aspectos procesales de la inmunidad se culminaría el examen de los temas incluidos en el programa de trabajo original y la Comisión podría estar en condiciones de terminar el examen del tema y la adopción del proyecto de artículos en primer lectura en 2017. En consecuencia, tras el plazo necesario para que los Estados puedan remitir los comentarios escritos que estimen oportunos, la Comisión podría analizar dichos comentarios y las propuestas de la Relatora Especial en 2019 y, en su caso, proceder a la aprobación final, en segunda lectura, del proyecto de artículos.

251. Este plan de trabajo dependerá, en todo caso, de las decisiones que adopte en el próximo quinquenio la Comisión que será elegida por la Asamblea General en noviembre de 2016.

Anexo I

Proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión

Primera parte Introducción

Proyecto de artículo 1

Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.
2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Proyecto de artículo 2

Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

e) se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales.

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae*

Proyecto de artículo 3

Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Proyecto de artículo 4

Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.
2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Tercera parte

Inmunidad *ratione materiae*

Proyecto de artículo 5

Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Anexo II

Proyectos de artículos provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones de la Comisión, en 2015

Primera parte Introducción

Proyecto de artículo 2 Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

f) Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Tercera parte Inmunidad *ratione materiae*

Proyecto de artículo 6 Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.
2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.
3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

Anexo III

Proyecto de artículo propuesto para su consideración por la Comisión en su 68º período de sesiones, en 2016

Proyecto de artículo 7

Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:
 - d) El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;
 - e) Los crímenes de corrupción;
 - f) Los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.
2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.
3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:
 - c) Cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;
 - d) La obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.