

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/601

Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial

[Original: ruso]
[29 de mayo de 2008]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	164
Obras citadas en el presente informe.....	164
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-2 166
<i>Capítulo</i>	
I. OBJETIVO DEL INFORME PRELIMINAR.....	3-5 167
II. HISTORIA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO POR LA COMISIÓN Y EL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL.....	6-26 167
A. Labor de la Comisión.....	6-24 167
B. Labor del Instituto.....	25-26 171
III. CUESTIONES PRELIMINARES.....	27-102 172
A. Fuentes.....	27-42 172
1. Tratados internacionales.....	27-29 172
2. Derecho internacional consuetudinario.....	30-34 173
3. Cortesía internacional.....	35-36 174
4. Papel del derecho internacional y del derecho nacional.....	37-41 175
5. Materiales que deberían utilizarse.....	42 176
B. Inmunidad y jurisdicción.....	43-101 176
1. Jurisdicción.....	43-47 176
2. Jurisdicción penal.....	48-50 178
3. Jurisdicción penal y jurisdicción civil.....	51-55 178
4. Inmunidad.....	56-63 179
5. La inmunidad de jurisdicción penal y su naturaleza procesal.....	64-70 181
6. La inmunidad, la doctrina de la no justiciabilidad y la doctrina de los hechos de los Estados.....	71-77 183
7. Inmunidad de los funcionarios <i>ratione personae</i> e inmunidad de los funcionarios <i>ratione materiae</i>	78-83 184
8. Fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.....	84-97 185
9. Inmunidad de los funcionarios del Estado e inmunidad diplomática y consular.....	98-101 190
C. Resumen.....	102 192
IV. CUESTIONES QUE DEBERÁN EXAMINARSE PARA DETERMINAR EL ALCANCE DEL TEMA.....	103-130 192
A. Límites del tema.....	103-105 192
B. Alcance por razón de la persona.....	106-129 193
1. Funcionarios de todas las categorías; definición del concepto «funcionario del Estado».....	106-108 193
2. Funcionarios que gozan de inmunidad <i>ratione personae</i>	109-121 194
3. Cuestión relativa al reconocimiento en el contexto del presente tema.....	122-124 198
4. Miembros de familia.....	125-129 199
C. Resumen.....	130 200

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n.º 251, pág. 285.
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Ibíd., vol. 1, n.º 4, pág. 15.
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Ibíd., vol. 33, n.º 521, pág. 261.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Acuerdo General sobre las Prerrogativas e Inmunidades del Consejo de Europa (París, 2 de septiembre de 1949)	Ibíd., vol. 250, n.º 3515, pág. 13.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
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, <i>Anuario jurídico 1975</i> (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

AKANDE, Dapo «International law immunities and the International Criminal Court», <i>AJIL</i> , vol. 98, n.º 3 (julio de 2004), págs. 407 a 433.	BARKER, J. Craig The future of former Head of State immunity after <i>ex parte Pinochet</i> », <i>International and Comparative Law Quarterly</i> , vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 937 a 948.
ALTMAN, Heidi «The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon», abril de 2002.	BORGHI, Alvaro <i>L'immunité des dirigeants politiques en droit international</i> , Basilea, Helbling & Lichtenhahn, 2003.
BANKAS, Ernest K. <i>The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts</i> , Berlín y Heidelberg, Springer, 2005.	BOWETT, Derek William «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», <i>BYBIL</i> , vol. 53 (1982), n.º 1, págs. 1 a 26.
BANTEKAS, Ilias «Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war», <i>Journal of Conflict & Security Law</i> , vol. 10, n.º 1 (segundo trimestre de 2005), págs. 21 a 42.	BRÖHMER, Jürgen <i>State Immunity and the Violation of Human Rights</i> , La Haya, Kluwer, 1997.
	BROWNLIE, Ian <i>Principles of Public International Law</i> , 6.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2003.

- CARTER, Barry E.
«Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing as Well», *American Society of International Law Proceedings. New world order or a world in disorder? Testing the limits of international law*, vol. 99, 30 de marzo a 2 de abril de 2005, págs. 230 a 233.
- CASSESE, Antonio
International Law, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
«When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium Case*», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 853 a 875.
International Criminal Law, Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- CHERNICHENKO, S.V.
Teoría del derecho internacional, vol. 2, Moscú, Instituto Independiente de Derecho Internacional, 1999 [en ruso].
- CROOK, John R.
«Contemporary practice of the United States relating to international law. U.S. Brief suggests Pope's immunity as a head of State», *AJIL*, vol. 100, n.º 1 (enero de 2006), pág. 219.
- DAY, Adam
«Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, n.º 3 (2004), págs. 489 a 512.
- DE SMET, Simon
«The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, n.º 3 (2003), págs. 313 a 339.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.
«Ex Parte Pinochet: Lacuna or Leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 949 a 958.
- DICKINSON, Andrew, Rae LINDSAY y James P. LOONAM
State Immunity. Selected Materials and Commentary, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- DU PLESSIS, Max y Shannon BOSCH
«Immunities and universal jurisdiction — The World Court steps in (or on?)», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), págs. 246 a 262.
- FONTEYNE, Jean-Pierre
«Acts of State», en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, Elsevier, 1992, págs. 17 a 20.
- FORCESE, Craig
«De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity», *Revue de droit de McGill*, vol. 52, n.º 1 (segundo trimestre de 2007), págs. 127 a 169.
- FOURNIER, Alain
«Compétence pénale», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, págs. 1 a 10.
- FOX, Hazel
The Law of State Immunity, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
«International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 361 a 394.
- FRULLI, Michaela
«The question of Charles Taylor's immunity: still in search of balanced application of personal immunities?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4 (diciembre de 2004), págs. 1118 a 1129.
- GULLY-HART, Paul
«The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland», *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n.º 5 (junio de 2000), págs. 1334 a 1343.
- HAMID, Abdul Ghafur, Khin Maung SEIN y Hunud Abia KADOUF
«Immunity versus international crimes: the impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* cases», *Indian Journal of International Law*, vol. 46, n.º 4 (octubre-diciembre de 2006), págs. 495 a 516.
- HIGGINS, Rosalyn
«After Pinochet: developments on head of State and ministerial immunities», *The Incorporated Council of Law Reporting*, Annual lecture 2006, Londres, págs. 1 a 18.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL
Annuaire, 1889-1892, vol. 11, sesión de Hamburgo, septiembre de 1892, Bruselas, Weissenbruch, 1892.
Tableau général des résolutions (1873-1956), Basilea, Editions juridiques et sociologiques, 1957.
Annuaire, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver, 2001, París, Pedone.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, partes 2-4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- KESSEDIAN, Catherine
«Immunités», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, págs. 1 a 21.
- KHLESTOVA, I. O.
Problemas de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (legislación y práctica), Moscú, 2002 [en ruso].
- KOLLER, David S.
«Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, n.º 1 (2004), págs. 7 a 42.
- LOWE, Vaughan
«Jurisdiction», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 335 a 360.
- LUKASHUK, Igor I.
Derecho internacional, Parte general, 3.ª ed., Wolters Kluwer, 2008 [en ruso].
- MALANCZUK, Peter
Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7.ª ed. rev., Londres y Nueva York, Routledge, 1997.
- MEAGHER, J. Patrick
«Act of State and sovereign immunity: the *Marcos* cases», *Harvard International Law Journal*, vol. 29, n.º 1 (primer trimestre de 1988), págs. 127 a 134.
- OXMAN, Bernard H.
«Jurisdiction of States», *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 55 a 60.
- PARLETT, Kate
«Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», *European Human Rights Law Review*, n.º 1 (2006), págs. 49 a 66.
- PARRY, Clive y John GRANT
Encyclopaedic Dictionary of International Law, Nueva York, Londres y Roma, Oceana, 1986.
- PARSEGHIAN, L. Y.
«Defining the 'public act' requirement in the act of State doctrine», *University of Chicago Law Review*, vol. 58 (1991), págs. 1151 a 1180.
- PIERSON, Charles
«Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 14, n.º 2 (cuarto trimestre de 2000), págs. 263 a 326.

PRZETACZNIK, Frank

Protection of Officials of Foreign States according to International Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983.

«Basic principles of international law concerning the protection of the officials of foreign States», *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, vol. 69 (1) (enero-marzo de 1991), págs. 52 a 81.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. IV, París, Sirey, 1980.

SALMON, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.

SASSOLI, Marco

«L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *Revue générale de droit international public*, t. CVI, vol. 4 (2002), págs. 791 a 818.

SHAW, Malcolm

International Law, 5.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SIMBEYE, Yitiha

Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.

SINCLAIR, I.

«The law of sovereign immunity: recent developments», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1980-II, vol. 167, págs. 113 a 284.

SMIS, Stefan y Kim VAN DER BORGH

«Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives», *American Society of International Law Insights*, julio de 2003.

STEINBERGER, Helmut

«State immunity», en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, págs. 615 a 633.

STERN, Brigitte

«Immunités et doctrine de l'Act of State. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères», *Journal du droit international*, n.º 133 (1) (enero/febrero/marzo de 2006), págs. 63 a 88.

STRISOWER, Leo

«L'exterritorialité et ses principales applications», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. I, 1923, págs. 229 a 287.

SUCHARITKUL, Sompong

«Immunities of foreign States before national authorities», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-I, vol. 149, págs. 87 a 215.

SUMMERS, Mark A.

«Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United

States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31, n.º 2 (2006), págs. 463 a 493.

«Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, n.º 1 (2007), págs. 459 a 473.

TOMONORI, Misushima

«The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (tercer y cuarto trimestres de 2001), págs. 261 a 288.

TONER, Paul J.

«Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense», *Penn State Law Review*, vol. 108, n.º 3 (primer trimestre de 2004), págs. 899 a 927.

TRIFFTERER, Otto (ed.)

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, Baden-Baden, Nomos, 1999.

VAN PANHUYS, H. F.

«In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 13, parte 4 (octubre de 1964), págs. 1193 a 1213.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», en Instituto de Derecho Internacional, *Anuaire*, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver, 2001, París, Pedone.

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruselas, Larcier, 2004, págs. 61 a 148.

WATTS, Arthur

«The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994-III, t. 247, Alphen aan den Rijn, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 9 a 130.

WICKREMASINGHE, Chanaka

«Immunities enjoyed by officials of States and international organizations», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 395 a 421.

WIRTH, Steffen

«Immunity for core crimes? The I.C.J.'s Judgment in the *Congo v. Belgium Case*», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 877 a 893.

ZANDER, Michael

«The act of State doctrine», *AJIL*, vol. 53 (1959), págs. 826 a 852.

Introducción

1. En su 58.º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión de Derecho Internacional, en respuesta a la recomendación formulada por el Grupo de Planificación¹, aprobó la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión del tema «Inmunidad

de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»². En el informe de la Comisión sobre su 58.º período de sesiones figura una sucinta explicación del tema, incluida una bibliografía sumaria al respecto³.

2. En el debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre esta cuestión, el nuevo tema

¹ El Grupo de Planificación, a su vez, se basó en un informe presentado al Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, en el que se propuso que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión seis temas nuevos, entre ellos el mencionado (documento A/CN.4/L.704, párr. 4).

² *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257.

³ *Ibíd.*, anexo I.

incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión recibió un respaldo general. A este respecto, «[s]e señaló que parecía haber llegado el momento de pasar revista a la práctica actual e intentar elaborar normas generales al respecto. También se observó que debía darse la debida prioridad a la necesidad de que los funcionarios del Estado disfrutaran de inmunidad, en aras de la estabilidad de las relaciones entre los Estados» (Resumen por temas de los debates de la

Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo primer período de sesiones, documento A/CN.4/577, párr. 126, apdo. a). En su 59.º período de sesiones, la Comisión decidió incluir este tema en su actual programa de trabajo⁴. En su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General tomó nota de esta decisión.

⁴ *Anuario...* 2007, vol. II (segunda parte), párr. 376.

CAPÍTULO I

Objetivo del informe preliminar

3. En el presente informe preliminar se expone en forma sucinta la historia del examen de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional y también se definen las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa preliminar de trabajo sobre el tema. Entre las cuestiones, respecto de las cuales es importante poner en claro la opinión de la Comisión para el ulterior examen del fondo, figuran las siguientes:

a) las fuentes de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

b) el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal», y la relación entre la inmunidad y la jurisdicción;

c) los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*);

d) los fundamentos de la inmunidad de los funcionarios del Estado y de la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad del Estado, y entre la inmunidad diplomática y consular y la inmunidad de los miembros de misiones especiales;

e) las cuestiones que es necesario examinar para determinar el alcance del tema.

4. Entre estas últimas cuestiones figuran, en particular:

a) la cuestión de si todos los funcionarios del Estado o sólo algunos de ellos (por ejemplo, sólo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) deben estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o de artículos que podría elaborar la Comisión en el futuro como resultado del examen del presente tema;

b) el alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios en ejercicio y los ex funcionarios del Estado que estén incluidos en el ámbito del tema examinado;

c) la denegación de la inmunidad a los funcionarios del Estado (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad).

5. Por lo tanto, el presente informe tiene por objeto definir dos tipos de cuestiones: en primer lugar, las que, por principio, deberían ser analizadas por la Comisión en el marco del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y, en segundo lugar, las cuestiones que la Comisión tal vez deba resolver en caso de que se elabore un instrumento como resultado del examen del tema, por ejemplo, un proyecto de directrices o de artículos.

CAPÍTULO II

Historia de la consideración de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional

A. Labor de la Comisión

6. Un examen del derecho internacional preparado por la Secretaría para la Comisión antes de su primer período de sesiones, celebrado en 1948, incluía una sección relativa a la jurisdicción sobre Estados extranjeros, en la que se señalaba que este tema abarcaba «la totalidad de las inmunidades de los Estados y de sus propiedades, sus buques, *sus soberanos** y sus fuerzas armadas»⁵.

⁵ *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, párr. 50 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1948 V.1 (I)).

7. La Comisión abordó la cuestión al preparar el proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados en 1949, cuyo artículo 2 dispone:

Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional⁶.

En el comentario se señaló que la última frase constituía una salvaguarda para proteger inmunidades como las de

⁶ *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., vol. I, pág. 278 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6).

los funcionarios diplomáticos y los funcionarios de organizaciones internacionales⁷. No se hacía, entonces, referencia directa a los funcionarios del Estado.

8. La cuestión fue examinada en el marco de la preparación del proyecto de Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, que fue aprobado por la Comisión en 1950. De conformidad con el proyecto de principio III:

El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional⁸.

Como se menciona en el comentario de la Comisión, este texto figura en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg⁹. Esta idea, de acuerdo con la Comisión, fue expresada en el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

Quien viole el derecho de la guerra no puede obtener inmunidad por actuar en cumplimiento de la autoridad del Estado si el Estado que lo autoriza actúa fuera de su competencia en virtud del derecho internacional¹⁰.

9. Este tema también fue incluido en la labor de la Comisión sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, 1954. De conformidad con el proyecto de artículo 3 del código, que es similar al proyecto de principio III de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg:

El hecho de que una persona haya actuado como jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código¹¹.

10. Esta idea se ve reflejada en forma algo diferente en el artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1996:

El 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 castigo¹².

En la propuesta de proyecto de artículo 11 de 1988, que se convirtió en el proyecto de artículo 7 en la versión definitiva del proyecto de código, en lugar de las

palabras «incluso si actuó como jefe de Estado o de gobierno» se utilizó la frase «y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno»¹³. En el comentario de este artículo, en particular, se señaló que su formulación comprendía términos incluidos en los Estatutos del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) [*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.], en los Principios de Nuremberg aprobados por la Comisión en 1950 y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1954¹⁴.

11. Se debe tener en cuenta que tanto el proyecto de Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad estaban vinculados conceptualmente a la idea de la jurisdicción penal internacional (aunque inicialmente el proyecto de código fue concebido para ser utilizado en tribunales nacionales e internacionales). Los comentarios sobre los Principios de Nuremberg aprobados por la Comisión se basaron principalmente en las conclusiones del Tribunal de Nuremberg¹⁵. Respecto al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión señaló que,

[e]n cuanto a la aplicación del código, como algunos miembros de la Comisión estimaban que no código que no fuera acompañado de [...] una jurisdicción penal competente sería inoperante, la Comisión pidió a la Asamblea General que precisara si su mandato consistía también en elaborar el estatuto de una jurisdicción penal internacional competente para los individuos¹⁶.

¹³ *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 72.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 77. Además, la Comisión menciona que «[a]unque se refiere de modo expreso a los jefes de Estado o de gobierno, porque cuentan con mayor poder de decisión, las palabras el carácter oficial del autor [...] y en especial ponen de relieve que el artículo se refiere también a otros funcionarios. La verdadera trascendencia del principio está en que el carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no puede invocarse nunca como circunstancia eximente de su responsabilidad, o como circunstancia que le confiera cualquier tipo de inmunidad, incluso cuando el funcionario pretenda que los hechos constitutivos del crimen representaban un caso de ejercicio de sus funciones» (*ibid.*). En el comentario del texto definitivo del proyecto de artículo 7 del código, la Comisión señaló que «[s]ería 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» (*Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 1 del comentario al artículo 7). Al mismo tiempo, en su tratamiento de esta postura en el proyecto de código de 1996, Verhoeven estableció que «en sí misma, una disposición tal no implica que la inmunidad deba mantenerse ni que deba suprimirse: simplemente, le es ajena» («Les immunités propres aux organs ou autres agents des sujets du droit international», pág. 92).

¹⁵ *Yearbook...* 1950, vol. II, pág. 191, párr. 42.

¹⁶ *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 198. Es característico, en este sentido, por ejemplo, el discurso pronunciado en el plenario de la Comisión por el Sr. McCaffrey durante el debate del proyecto de artículo relativo a la obligación de castigar o someter a la justicia penal. Éste señaló que no consideraba que «una jurisdicción universal sea mucho más aceptable para los Estados que un tribunal penal internacional; en realidad, quizá lo sea menos. Por consiguiente, no está convencido de que la Comisión haría bien si procediese a la elaboración de un artículo sobre la jurisdicción universal antes de haber intentado, por lo menos, elaborar el estatuto de un tribunal penal internacional» (*Anuario...* 1988, vol. I, 2082.ª sesión, párr. 47, pág. 290; véase también *Anuario...* 1989, vol. II (segunda parte), pág. 70, párrs. 211 a 216).

⁷ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 253.

⁸ *Yearbook...* 1950, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127. Texto reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45.

⁹ El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje estipula: «El cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de departamentos del Gobierno, no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena».

¹⁰ *Yearbook...* 1950, vol. II, pág. 375. Como señala Triffterer, la formulación de los principios aprobados por la Comisión difiere ligeramente de las disposiciones de los tribunales del Tribunal de Nuremberg «en redacción aunque no en contenido, excepto por el hecho de que ya no figuraba la frase ‘ni servirá para atenuar la pena’» (*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, pág. 503).

¹¹ *Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 152.

¹² *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 29.

Cuando el proyecto de estatuto del tribunal penal internacional, elaborado por la CDI a solicitud de la Asamblea General en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁷ se convirtió en un documento independiente, en la Sexta Comisión se dijo que era lamentable, ya que «originalmente se había concebido al tribunal como un órgano jurídico en el que se aplicaría el código»¹⁸. Resulta, en este sentido, revelador e importante que en el comentario del proyecto de artículo 7 del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, donde se señala que «[l]a 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», la Comisión considerara pertinente agregar en una nota 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»¹⁹.

12. También cabe tener en cuenta que, en el examen de esta disposición del proyecto de código, la Comisión tuvo en cuenta que varios Estados plantearon a este respecto la cuestión de la posible inmunidad de los funcionarios del Estado, incluidos los jefes de Estado y de gobierno. En este sentido, el Sr. Yankov, Presidente del Comité de Redacción, al presentar al plenario el proyecto de código aprobado en segunda lectura, mencionó que, en opinión del Comité de Redacción, la cuestión de la inmunidad estaba relacionada con la aplicación del código y, por tanto, no era pertinente tratarla en la parte del código relativa a los principios generales²⁰.

13. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado fue examinada por la Comisión en el marco de la preparación del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. De conformidad con el proyecto

¹⁷ En su resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989, la Asamblea General pidió a la Comisión que, al examinar en su 42.º período de sesiones el tema titulado Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, «se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre *las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que pudieran ser tipificados en dicho código*». En la resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea invitó a la Comisión a que, *en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad**, siguiera examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional.

¹⁸ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo período de sesiones, documento A/CN.4/472, párr. 42. Se observó asimismo «que un tribunal penal internacional podía ocuparse mejor de la aplicación del código que los tribunales nacionales» (ibíd., párr. 43). Al mismo tiempo, se consideró que «el código y el futuro tribunal tenían la finalidad común de permitir que los *tribunales nacionales** o una instancia internacional sancionaran actos particularmente abominables cometidos por Estados o por personas» (ibíd., párr. 45).

¹⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 6 del comentario al artículo 7 y nota 69.

²⁰ *Anuario... 1995*, vol. I, 2408.ª sesión, pág. 217, párr. 36.

de artículo 2, párr. 1, apdo. b, inc. v), los representantes del Estado, cuando actúen en tal carácter, están incluidos en el término «Estado»²¹. Estos representantes incluyen a los jefes de Estado y de gobierno, jefes de dependencias ministeriales, embajadores, jefes de misión, agentes diplomáticos y oficiales consulares²². La frase «en tal carácter» que figura al final del proyecto de artículo, 2 párr. 1, apdo. b, inc. v), tiene por objeto explicar que esta inmunidad se concede a estas personas en su calidad de representantes, *ratione materiae*²³. El proyecto de artículo no se refiere a la inmunidad *ratione personae*, a la cual, como señaló la Comisión, los jefes de Estado y los embajadores «son personalmente acreedores»²⁴.

14. Inicialmente se consideró que, en el curso del desarrollo del presente tema, la Comisión debía examinar la cuestión de la inmunidad en diferentes formas y manifestaciones; por ejemplo, la inmunidad de jurisdicción civil, administrativa y penal. La propuesta a este respecto figura en el informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, creado por la Comisión, que examinó la cuestión de la futura labor de la Comisión sobre el tema²⁵. Los informes séptimo y octavo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Sucharitkul, Relator Especial, incluyeron entre otras cosas el proyecto de artículo 25 (Inmunidades de los soberanos y otros jefes de Estado, *ratione personae*, que incluía la jurisdicción penal de otro Estado²⁶. Este proyecto de artículo fue objeto de críticas en el 31.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1979, y no se incluyó en el proyecto de artículos presentado a la Asamblea General²⁷. En el proyecto de artículos no se menciona nada más sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado (o de otros representantes del Estado).

15. La Comisión se limitó a incluir en el proyecto de artículos una cláusula, con la expresión «sin perjuicio». De conformidad con el párrafo 2 del proyecto de artículo 3, estos artículos se entenderán «sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado». Como se señala en el comentario de este párrafo:

El presente proyecto de artículos no prejuzga el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros, ni a los miembros de su familia o de su casa que, en la práctica, puede comprender también a otros miembros de su séquito. Tampoco prejuzga, de manera análoga, el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Sin embargo, estas personas no están expresamente incluidas en el párrafo 2, ya que sería muy difícil

²¹ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 14.

²² Ibíd., págs. 18 y 19, párr. 18 del comentario al artículo 2. Del comentario se desprende evidentemente que la lista no es exhaustiva. En opinión de la Comisión, todas las personas que tienen derecho a representar al Estado son acreedoras a la inmunidad del Estado.

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd., pág. 19, párr. 19 del comentario.

²⁵ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 22.

²⁶ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/388, págs. 46 y 47, párr. 119; y *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/396, pág. 34, respectivamente.

²⁷ El informe sobre el debate relativo al proyecto de artículo 25 en la Comisión figura en el octavo informe presentado por el Relator Especial; véase también *Anuario... 1986*, vol. I, sesiones 1943.ª a 1945.ª, págs. 10 a 30.

confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas. En cierto momento del debate se propuso que se incluyera en el párrafo 2, después de «jefes de Estado», una referencia a los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, pero la propuesta no fue aceptada por la Comisión²⁸.

Asimismo, en otra parte del comentario se señala:

Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 3 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado²⁹.

16. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y el estatuto de los funcionarios del Estado fueron examinados por la Comisión en la redacción de los proyectos de artículos sobre las relaciones diplomáticas y consulares, las misiones especiales, la prevención y el castigo de delitos contra agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas y la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales.

17. Los proyectos de artículos relativos a las relaciones diplomáticas, consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales trataban de categorías especiales de funcionarios estatales, en particular, de «agentes diplomáticos», «funcionarios consulares», «representantes del Estado que envía» y «delegados», a los que el Estado encomienda el desempeño en su nombre de determinadas funciones en las relaciones con otro Estado o con una organización internacional. En los proyectos de artículos se preveía que esas categorías de funcionarios del Estado gozaran de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor³⁰.

18. Es muy interesante el modo en que la Comisión aborda la cuestión del estatuto del jefe de Estado y de otras «personalidades de rango elevado» en la preparación de los proyectos de artículos sobre misiones especiales. Inicialmente la Comisión examinó la posibilidad de incluir en los proyectos de artículos una sección dedicada a las denominadas misiones especiales de alto nivel, en particular las encabezadas por jefes de Estado o de gobierno, ministros de relaciones exteriores y otros ministros³¹. En su 17.º período de sesiones,

en 1965, el Relator Especial presentó un proyecto de disposiciones relativas a las llamadas misiones especiales de alto rango³². En esas disposiciones se preveía la inviolabilidad absoluta y la plena inmunidad penal de la jurisdicción del Estado receptor para jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y otros ministros que desempeñaran la función de jefes de misiones especiales³³. La Comisión no sometió a debate los proyectos de artículos como tales, sino que examinó si era necesario formular normas especiales para esas misiones³⁴. Teniendo presentes las opiniones de los Estados sobre la cuestión, la Comisión recomendó que el Relator Especial no elaborara un proyecto de disposiciones relativas a las llamadas misiones especiales de alto rango, que introdujera en la segunda parte del proyecto de artículos una disposición referente a la condición del jefe de Estado en tanto jefe de una misión especial, y que examinara la conveniencia de mencionar la situación particular de esta categoría de misiones especiales en las disposiciones que tratan de ciertas inmunidades³⁵. En ese sentido, en el proyecto de artículos que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1967 se incluyó el siguiente proyecto de artículo 21:

Estatuto del jefe de Estado y de las personalidades de rango elevado

1. El jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que los presentes artículos otorgan, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que los presentes artículos otorgan, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional³⁶.

19. En los comentarios relativos a este proyecto de artículo se afirmó que «[e]n derecho internacional [...] el rango puede conferir a la persona titular de él facilidades, privilegios e inmunidades excepcionales que conserva cuando entre a formar parte de una misión especial», y que «[l]a Comisión no estableció la lista de los títulos y rango que deben reunir esas otras personalidades para gozar de las facilidades, privilegios e inmunidades suplementarios. En efecto, tal lista variará de un Estado a otro en función del derecho internacional y del protocolo de cada Estado»³⁷. De ese modo, la Comisión no definió claramente el grupo de personas incluidas en la categoría de «personalidades de rango elevado», al señalar en

²⁸ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 7 del comentario al artículo 3, párr. 2.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 6.

³⁰ Véanse, en particular, los proyectos de artículos 27, 29, 30, 37, 38, 39 y 40 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas y sus comentarios (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 96 y ss.); los proyectos de artículos 41, 43, 45, 53, 54 y 55 del proyecto de artículos sobre las relaciones consulares y sus comentarios (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 103); los proyectos de artículos 29, 31, 41, 43 y 44 del proyecto de artículos sobre misiones especiales y sus comentarios (*Anuario... 1967*, vol. II, pág. 361); y los proyectos de artículos 28, 30, 31, 37, 38, 59, 61, 62, 68 y 69 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales y sus comentarios (*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 307 y ss.).

³¹ «En su 16.º período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional invitó al Relator Especial, a que presentara en el período de sesiones siguiente unos artículos relativos a la condición jurídica de las llamadas misiones especiales de alto rango incluidas, en particular, las misiones especiales encabezadas por jefes de Estado, jefes de gobierno,

ministros de relaciones exteriores y ministros miembros del gobierno» (*Anuario... 1967*, vol. II, pág. 411).

³² El Relator Especial, Sr. Bartoš, señaló: «A pesar de todos sus esfuerzos por verificar qué reglas se aplican especialmente a las misiones de esa clase, el Relator Especial no ha logrado hallarlas ni en la práctica ni en la doctrina» (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 152).

³³ *Ibíd.*, págs. 152 a 154, apartados *i* y *j* del proyecto de regla 2; apartados *e* y *g* del proyecto de regla 3; apartados *f* y *h* del proyecto de regla 4; apartados *d* y *f* del proyecto de regla 5.

³⁴ *Anuario... 1966*, vol. I (parte II), 881.ª sesión, págs. 259 a 261. Al resumir el debate, el Relator Especial expresó: «No cabe duda de que ya existen normas de derecho internacional general sobre las misiones presididas por un jefe de Estado y de que no es necesario enunciar normas especiales al respecto» (*ibíd.*, pág. 266, 883.ª sesión, párr. 3).

³⁵ *Ibíd.*, vol. II, pág. 302, párr. 69.

³⁶ *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 373.

³⁷ *Ibíd.*, párrs. 1 y 3 del comentario al artículo 21.

el párrafo 2 del proyecto de artículo 21 solamente dos de los ejemplos reconocidos ampliamente, a saber, el jefe de Estado y el ministro de relaciones exteriores. Tampoco quedó claro el alcance de las inmunidades que el derecho internacional otorga a los jefes de Estado, de gobierno, a los ministros de relaciones exteriores y otras personalidades «de rango elevado» más allá de los proyectos de artículos.

20. Un proyecto de artículo similar se incluyó en el proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1971³⁸. Como señaló la Comisión en sus comentarios sobre ese proyecto, algunos Estados que enviaron sus opiniones por escrito consideraron que el artículo era totalmente superfluo por cuanto las personas en cuestión «gozarían de las facilidades, privilegios e inmunidades que les concedía el derecho internacional aunque el artículo no se incluyese en el proyecto»³⁹. No obstante, la Comisión mantuvo el proyecto, ya que, como señaló en sus comentarios, reflejaba «una práctica bien establecida»⁴⁰.

21. Es interesante también el modo en que la Comisión abordó la definición del término «persona que goza de protección internacional» en relación con el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas. Al definir el contenido del término, la Comisión definió también la esfera de aplicación *ratione personae* de los proyectos de artículos. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del proyecto que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1972, a los efectos de los proyectos de artículos:

Se entiende por «persona internacionalmente protegida»:

a) Un jefe de Estado o un jefe de gobierno, siempre que se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen;

b) Cualquier funcionario de un Estado o de una organización internacional, que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional, tenga derecho a una protección especial en el desempeño de funciones en nombre de su Estado u organización internacional, o en relación con ellas, así como los miembros de su familia que tengan asimismo derecho a protección especial⁴¹.

22. Como se señala en los comentarios al proyecto de artículo, los jefes de Estado o de gobierno se mencionan

expresamente en el apartado *a* dada la protección excepcional que, en virtud del derecho internacional, se les asigna⁴². La Comisión subrayó que los jefes de Estado o de gobierno «tienen derecho a protección especial siempre que se encuentren en otro Estado, ya sea su visita oficial, oficiosa o privada»⁴³.

23. Fue rechazada la propuesta de que en el texto del proyecto de artículo se señalara que la protección internacional era aplicable también a los miembros del gabinete u otras personas de rango similar, es decir, de rango elevado, en cualquier momento y cualesquiera que fueran las circunstancias de su permanencia en el Estado extranjero. En primer lugar, la Comisión consideró que si bien contaba con cierto apoyo la tesis de hacer extensivo el principio a esas personas, «ello no podía basarse en ninguna regla de derecho internacional generalmente aceptada y en consecuencia no cabía proponerlo»⁴⁴. En segundo lugar, los opositores a esta propuesta señalaron que la Comisión ya había examinado la posibilidad de utilizar una formulación similar (por ejemplo, «otra personalidad de rango elevado») cuando estudió las cuestiones de las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, y la había rechazado por considerar que su contenido no era suficientemente claro⁴⁵.

24. Según el parecer de la Comisión, a diferencia de los jefes de Estado o de gobierno, el derecho a recibir protección especial de los funcionarios señalados en el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 1, depende de que éstos desempeñen funciones oficiales⁴⁶.

B. Labor del Instituto

25. En el siglo XIX, el Instituto de Derecho Internacional examinó por primera vez la cuestión relativa a la inmunidad de los jefes de Estado respecto de la jurisdicción de tribunales extranjeros. En 1891 se aprobó el Proyecto de reglamento internacional sobre la competencia de los tribunales en procedimientos contra los Estados, soberanos o jefes de Estado extranjeros⁴⁷. La inmunidad del jefe de Estado se examinó en el marco de la inmunidad del Estado. En el articulado no se abordó la cuestión de la jurisdicción penal extranjera. Se trató de la inmunidad en general. De conformidad con los artículos 4 a 6 del proyecto, los tribunales nacionales podían examinar

³⁸ «Artículo 50. Estatuto del jefe de Estado y de las personas de rango elevado

1. El jefe del Estado que envía, cuando encabece una delegación, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que le otorgan los presentes artículos, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personas de rango elevado, cuando participen en una delegación del Estado que envía, gozarán en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de los que otorgan los presentes artículos, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a esas personas.»

(*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 340).

³⁹ *Ibid.*, párr. 4 del comentario al artículo 50.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, párr. 2 del comentario al artículo 1.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. I, 1191.ª sesión, pág. 247. Hasta donde el Relator Especial sabe, la última conclusión no correspondió a los resultados finales de la labor de la Comisión sobre los dos temas mencionados: en los proyectos de artículos sobre las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales se incluyeron proyectos de artículos en los que se mencionaron, además de los jefes de Estado y los ministros de relaciones exteriores, «otras personalidades de rango elevado».

⁴⁶ *Ibid.*, vol. II, págs. 341 y 342. De ese modo, un agente diplomático que se encuentre de vacaciones en un Estado diferente del Estado receptor, por lo general no tendrá derecho a protección especial.

⁴⁷ *Annuaire*, 1889-1892, vol. 11, págs. 426 a 438. Sobre el análisis de este asunto por el Instituto, véase también Verhoeven, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 487.

solamente un grupo muy limitado de demandas civiles en relación con los jefes de Estado⁴⁸.

26. El Instituto de Derecho Internacional estudió por segunda vez la cuestión de la inmunidad de los jefes de Estado a fines del siglo XX y principios del XXI, en un momento en que cobró gran auge el interés social, político y profesional sobre este tema⁴⁹. Como resultado de ello, en 2001 el Instituto aprobó la resolución sobre Inmunidades

⁴⁸ «Artículo 4

Sólo podrán interponerse contra un Estado extranjero las acciones siguientes:

1. Acciones reales, incluidas las acciones posesorias relativas a una cosa, ya sea mueble o inmueble, que se encuentre en el territorio;
2. Acciones basadas en la condición del Estado extranjero como heredero o legatario de un residente en el territorio, o como derechohabiente de una sucesión abierta en el territorio;
3. Acciones relativas a un establecimiento comercial o industrial o a un ferrocarril, explotados por el Estado extranjero en el territorio;
4. Acciones respecto de las cuales el Estado extranjero haya reconocido expresamente la competencia del tribunal;
[...]
5. Acciones dimanantes de contratos celebrados por el Estado extranjero en el territorio, siempre que pueda solicitarse que el contrato se ejecute completamente en ese mismo territorio en virtud de una cláusula expresa o de la propia naturaleza de la acción;
6. Las acciones por daños y perjuicios derivadas de un delito o cuasidelito cometido en el territorio.

Artículo 5

No se admitirán las acciones entabladas en relación con actos de soberanía o derivadas de un contrato del demandante como funcionario del Estado, ni las acciones relativas a deudas del Estado extranjero contraídas por suscripción pública.

Artículo 6

Las acciones entabladas contra soberanos o jefes de Estado extranjeros estarán sujetas a las normas establecidas en los artículos 4 y 5.»

(Instituto de Derecho Internacional, *Tableau général des résolutions* (1873-1956), págs. 15 y 16.)

⁴⁹ En ese mismo momento, en particular, se examinaba en el Reino Unido el conocido caso *Pinochet (Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex Parte Pinochet Ugarte)* (*The Law Reports 2000*, Appeal cases, vol. 1, pág. 61).

de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional⁵⁰. En la resolución se establece la inmunidad de jurisdicción penal de los tribunales de un Estado extranjero del jefe de Estado y del jefe de gobierno que estén en ejercicio, independientemente de la gravedad del delito cometido⁵¹. De conformidad con la resolución, los ex jefes de Estado y de gobierno gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera sólo en relación con los actos cometidos en el ejercicio de funciones oficiales. Sin embargo, dicha inmunidad es limitada, por cuanto en cualquier caso esas personas pueden quedar sometidas a procesamiento penal, si los hechos de que se les acusan están tipificados como delitos en el derecho internacional, si se cometieron con el fin exclusivo de satisfacer intereses personales, o si constituyen actos de apropiación ilícita de bienes del Estado⁵².

⁵⁰ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, Relator: J. Verhoeven.

⁵¹ «Artículo 2

En materia penal, el jefe de Estado gozará de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales de un Estado extranjero por cualquier delito que pudiera haber cometido, independientemente de su gravedad.

[...]

Artículo 15

El jefe de gobierno de un Estado extranjero gozará [...] de la inmunidad de jurisdicción [...] que en la presente resolución se reconoce al jefe del Estado.»

(Ibíd., págs. 681 y 685, respectivamente).

⁵² «Artículo 13

[...]

Tampoco disfrutará de inmunidad de jurisdicción [...] en procedimientos [...] penales, excepto cuando se trate de actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales y en relación con dicho ejercicio. No obstante, podrá ser procesado y juzgado en cualquier momento si los actos que se le imputan constituyen delito en virtud del derecho internacional, se han realizado para satisfacer un interés exclusivamente personal, o constituyen actos de apropiación fraudulenta de los bienes y recursos del Estado.

[...]

Artículo 16

Los artículos 13 y 14 son aplicables a ex jefes de gobierno.»

(Ibíd., págs. 685 y 686).

CAPÍTULO III

Cuestiones preliminares

A. Fuentes

1. TRATADOS INTERNACIONALES

27. Sobre la base de los proyectos de artículos preparados por la Comisión se han aprobado los siguientes tratados internacionales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre las Misiones Especiales; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal⁵³, y Convención de las Naciones Unidas sobre las

inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁵⁴. Esos tratados contienen disposiciones relacionadas con el estatuto de los funcionarios estatales o su inmunidad de jurisdicción extranjera, que reproducen en gran medida, y en algunos casos al pie de la letra, las disposiciones antes mencionadas, que figuran en los proyectos de artículos preparados por la Comisión⁵⁵.

28. La cuestión de la inmunidad de los representantes de los Estados se aborda también en otros tratados

⁵⁴ Aún no está en vigor.

⁵⁵ En la etapa final de la elaboración del proyecto de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, se llegó a la interpretación definitiva de que la Convención no se aplicaba a las actuaciones penales. Posteriormente esa interpretación se confirmó en el párrafo 2 de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, mediante la cual se aprobó la Convención.

⁵³ Aún no ha entrado en vigor.

internacionales. Por ejemplo, en los tratados que regulan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales en los territorios de Estados Miembros o en los Estados receptores figuran artículos sobre esta cuestión. Así, la inmunidad de los representantes de los Estados, incluida la inmunidad de jurisdicción penal, se recoge en el artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas; el artículo V de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados y la parte IV del Acuerdo General sobre las Prerrogativas e Inmunidades del Consejo de Europa. Las inmunidades de los funcionarios consulares, incluida la inmunidad de jurisdicción penal, se regulan mediante las disposiciones de los convenios consulares bilaterales⁵⁶.

29. Existe la opinión de que la cuestión de la inmunidad de los funcionarios estatales se aborda también en algunos tratados internacionales en los que no se menciona la inmunidad como tal. Por ejemplo, Borghi afirma que «[v]arias convenciones relativas a la represión de delitos internacionales contienen disposiciones que excluyen la inmunidad de los jefes de Estado»⁵⁷. Es el caso de los tratados cuya finalidad es luchar contra delitos internacionales, en particular la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Sin embargo, hay otro punto de vista. Por ejemplo, Verhoeven considera que «[n]o hay hasta el momento ningún tratado que excluya de manera explícita la inmunidad que normalmente se invoca ante un tribunal nacional en caso de delitos internacionales, ya se aplique al Estado o a sus diferentes órganos»⁵⁸. Señala, además, que «ciertamente, existen convenciones que tratan de organizar una represión eficaz de esos delitos. Sin embargo, nada parece indicar que sus signatarios tengan una voluntad —implícita, aunque segura— de suspender la inmunidad»⁵⁹.

2. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

30. Los tratados internacionales vigentes regulan aspectos importantes, pero aislados, de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de determinadas categorías de funcionarios estatales; a saber: inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor, y en algunos casos, de jurisdicción penal del Estado de tránsito de los funcionarios estatales que desempeñan funciones diplomáticas y consulares (agentes diplomáticos y funcionarios consulares); inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor de los representantes de un Estado ante organizaciones internacionales; e inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor de

los miembros de misiones especiales. En dichos tratados se pone de manifiesto que el grupo de personas que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se limita a los jefes de Estado. Por otra parte, esos tratados no regulan, entre otras cosas, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios estatales en general, ni numerosas situaciones concretas, ni tampoco definen con precisión el grupo de funcionarios que goza de inmunidad. No existe un tratado internacional de carácter universal que regule exhaustivamente todas estas cuestiones, ni las cuestiones conexas relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios estatales en ejercicio o no. Además, no todos los tratados que regulan esta cuestión han entrado en vigor⁶⁰, y los que se encuentran vigentes no siempre se distinguen por una amplia adhesión de los Estados⁶¹. Cabe señalar que en algunas disposiciones de esos tratados se señala expresamente que sus normas no son más que un complemento de los preceptos del derecho internacional vigentes en la esfera dada⁶². De ese modo confirman la existencia del derecho internacional consuetudinario en ese ámbito. Además, los tratados internacionales mencionados, si bien codifican algunos aspectos del derecho internacional consuetudinario en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, no conllevan la eliminación de las normas correspondientes del derecho internacional consuetudinario, que continúan regulando el asunto que nos ocupa.

31. La costumbre internacional es la principal fuente de derecho internacional en el ámbito que se examina. Como afirma Fox, «al no existir ninguna convención general sobre el estatuto y las inmunidades de los jefes de Estado, se aplican las normas del derecho internacional consuetudinario»⁶³. Ese es el estado de cosas existente en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no sólo de los jefes de Estado, sino también de otros funcionarios estatales.

32. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), de 2002, la CIJ señaló, al determinar la fuente de derecho aplicada a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal belga del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales que, entre otros instrumentos, fueron citadas por las partes:

⁶⁰ Por ejemplo, no han entrado en vigor la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

⁶¹ Por ejemplo, en la Convención sobre las Misiones Especiales son Partes 38 Estados.

⁶² Pueden mencionarse, por ejemplo, el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, y el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal.

⁶³ Fox, *The Law of State Immunity*, pág. 426. Véase también Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», pág. 36; Borghi, *op. cit.*, págs. 71 y 72; Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, pág. 94; Summers, «Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?», pág. 466; Altman, «The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon», pág. 4.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la sección III (Privilegios e inmunidades) de la Convención Consular entre la Federación de Rusia y la República de Moldova, de 14 de junio de 1994 (Federación de Rusia, *Boletín de acuerdos internacionales*, n.º 4, 2000, pág. 32).

⁵⁷ Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, pág. 66.

⁵⁸ Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 123. El mismo autor agrega: «Cabe [...] constatar, como se ha dicho, que estas convenciones (sobre el genocidio, la tortura, y otras) no contienen ninguna disposición que la excluya [la inmunidad], como tampoco hay indicios, ni en sus documentos preparatorios, ni en otra parte, de que esa haya sido la voluntad implícita de los Estados que participaron en la negociación de las convenciones o pasaron a ser partes en ellas» (ibíd., pág. 125).

⁵⁹ Ibíd., pág. 123.

[c]onstituían una útil orientación sobre ciertos aspectos de las inmunidades, si bien no contenían disposiciones en las que se definieran concretamente las inmunidades de que disfrutaban los ministros de relaciones exteriores. Por consiguiente, la Corte habría de basarse en el derecho internacional consuetudinario para resolver las cuestiones relacionadas con las inmunidades de esos ministros, que se planteaban en ese caso⁶⁴.

33. En fallos de tribunales nacionales se señala que la fuente de inmunidad de jurisdicción extranjera es el derecho consuetudinario⁶⁵. Por ejemplo, en el fallo del caso *Qadhafi*, la Corte de Casación de Francia señaló que:

a falta de disposiciones internacionales vinculantes para las partes interesadas que estipulen lo contrario, la costumbre internacional se opone a que los jefes de Estado en ejercicio puedan ser objeto de demandas ante jurisdicciones penales de un Estado extranjero⁶⁶.

34. También los Estados, representados por su poder ejecutivo, se remiten a la costumbre como la fuente de derecho internacional en el ámbito que nos ocupa. De ese modo, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, las posiciones de las partes respecto de si el Ministro congoles disfrutaba o no de inmunidad de jurisdicción penal belga se basaron en gran medida en referencias al derecho internacional consuetudinario⁶⁷. En las «propuestas de inmunidad» que el Gobierno de los Estados Unidos presenta a los tribunales estadounidenses que examinan causas relacionadas con la inmunidad de funcionarios de Estados extranjeros, se menciona el derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho de la inmunidad⁶⁸. El Abogado General de Francia indicó en

⁶⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 21, párr. 52.

⁶⁵ Como señala Borghi (*op. cit.*, pág. 71), «[e]l derecho consuetudinario está consagrado también como fuente de inmunidad en numerosas decisiones judiciales, en particular en Suiza, Francia, los Estados Unidos y Alemania». Véase también *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (Pinochet n.º 1)*, Cámara de los Lores, 25 de noviembre de 1998, ILM, vol. 37, págs. 1309 a 1311; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (Pinochet n.º 3)*, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, ILM, vol. 38, págs. 621, 622, 641 y 644; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Illinois (2003), pág. 5; *Bouzari v. Iran*, 2004, CanLII 871 (Tribunal de Apelaciones de Ontario), párrs. 40 y 85.

⁶⁶ Corte de Casación, Cámara Penal, 13 de marzo de 2001, 00-87.215, *Bulletin criminel*, 2001, n.º 64, pág. 218. Véase también ILR, vol. 125, pág. 509.

⁶⁷ *C.I.J. Mémoires, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), presentación de la demanda, 17 de octubre de 2000, pág. 12, parte IV B): «el no reconocimiento [...] de la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores en activo es contrario a la jurisprudencia internacional [...] al derecho consuetudinario y a la cortesía internacional». Véanse también la memoria de la República Democrática del Congo, párrs. 6, 55 y 97 1), y la contramemoria de Bélgica, párrs. 3.4.6 y 3.5.144, entre otros.

⁶⁸ Por ejemplo, en 2001, en su «propuesta de inmunidad» relativa a la causa *Tachiona v. Mugabe*, el Departamento de Estado señaló: «Con arreglo a las normas del derecho internacional reconocidas y aplicadas en los Estados Unidos, [...] el Presidente Mugabe, como jefe de un Estado extranjero, posee inmunidad de jurisdicción del tribunal en este caso» (AJIL, vol. 95, (octubre de 2001), pág. 874). En 2005 en relación con la inmunidad del Papa Benedicto XVI, el Departamento de Estado señaló: «La doctrina de la inmunidad del jefe del Estado se aplica en los Estados Unidos como norma del derecho internacional consuetudinario» (Crook, «Contemporary practice of the United States relating to international law. US Brief suggests Pope's immunity as a head of State», pág. 219). Véanse también en el sitio del Departamento de Estado de los Estados Unidos (www.state.gov) los respectivos párrafos 3 de las «propuestas de inmunidad», en las causas *Li Weixum v.*

las conclusiones de la causa *Qadhafi* que «el principio de la inmunidad de los jefes de Estado se consideraba tradicionalmente una norma de la costumbre internacional, necesaria para preservar las relaciones amistosas entre los Estados»⁶⁹.

3. CORTESÍA INTERNACIONAL

35. Existe también la opinión de que la inmunidad de jurisdicción extranjera se otorga no en virtud del derecho, sino de la cortesía internacional⁷⁰. Sin embargo, es difícil convenir con esa tesis. La inmunidad es, ante todo, una cuestión de derecho, y una cuestión de derechos y deberes legales de los Estados. Es legítimo que los tribunales examinen los litigios sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado como litigios sobre la violación de los derechos y deberes legales. Lord Hoffmann, en la causa

Bo Xilai («propuesta adicional», cc. 2 a 8); *Hartmann v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Gladys M. Lafontant v. Jean-Bertrand Aristide*; *First American Corporation v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Josephine Alicog and Spiyani Marian Fernando v. Kingdom of Saudi Arabia, His Royal Highness King Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud, Majid Affi, Salim Affi*; y *Guardian F. v. Archdiocese of San Antonio*.

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General, ILR, vol. 125, pág. 507.

⁷⁰ Esta tesis se menciona tanto en fallos judiciales como en la doctrina. En cierta medida es característica también del procedimiento judicial de los Estados Unidos. De ese modo, ya en el fallo de la causa *The Schooner Exchange v. McFaddon*, dictado en 1812 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se señalaba que «por motivos de cortesía los miembros de la comunidad internacional habían llegado al acuerdo implícito de renunciar al ejercicio de la jurisdicción sobre otros soberanos en causas de cierta índole, como las relacionadas con ministros de relaciones exteriores o con la persona del soberano» (11 U. S. 116, 137 (1812)). En el fallo del Tribunal de Distrito de Columbia, de 11 de marzo de 1998, en la causa *Flatow v. the Islamic Republic of Iran*, se señala: «La inmunidad de un soberano extranjero, en virtud del *common law* y en la actualidad con arreglo a la Ley de inmunidades de soberanos extranjeros, ha sido siempre un asunto de gentileza y cortesía, y no de derecho en virtud de las leyes de los Estados Unidos» (999 F. Supp. 1, Tribunal de distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia). En la causa *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Ziang Zemin and Falun Gong Control Office* (véase la nota 65 *supra*), el abogado de los solicitantes afirmó: «se otorga inmunidad a los jefes de Estado como muestra de cortesía en reconocimiento de la necesidad mutua de impedir que los tribunales interfirieran en el desempeño adecuado de las funciones de los gobiernos extranjeros mediante la imposición de obstáculos y sanciones a los jefes de Estado visitantes» (pág. 5).

La magistrada Van Den Wyngaert, en su opinión disidente en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* señala también que «[n]o existen pruebas que respalden la tesis de que un Estado tiene la obligación de otorgar inmunidad respecto del procesamiento penal a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio en virtud del derecho internacional consuetudinario. Al emitir y hacer pública la orden de detención, Bélgica actuó de manera contraria a la cortesía internacional, pero no transgredió ninguna obligación de derecho internacional» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 139, párr. 1). No obstante, la gran mayoría de los magistrados mantuvieron una posición contraria sobre esta cuestión.

Como se señala en *Oppenheim's International Law*, «la base del trato especial concedido a los jefes de Estado se atribuye, entre otras cosas [...] a los imperativos de la cortesía internacional» (Jennings y Watts, pág. 1034). Caplan señala: «Dos razones fundamentales explican el origen jurídico de la doctrina [de la inmunidad del Estado extranjero]. Según una de ellas, la inmunidad del Estado es un derecho fundamental de éste en virtud del principio de la igualdad soberana. Según la otra, la inmunidad del Estado se desarrolla a partir de una excepción del principio de jurisdicción del Estado, que se produce cuando el Estado de la jurisdicción suspende su derecho de jurisdicción decisoria como cortesía práctica para facilitar las relaciones interestatales» («State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», pág. 748). Cabe destacar que en varias de las opiniones citadas se menciona a la cortesía no como la fuente, sino como una de las razones fundamentales de la inmunidad.

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (The Kingdom of Saudi Arabia) de 2006, en la que se examinaron cuestiones relativas a la inmunidad del Estado y sus funcionarios, señaló que «según afirmó Lord Millett en la causa *Holland v. Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573, 1588, la inmunidad del Estado no es una 'restricción que el Reino Unido haya decidido imponer a la jurisdicción de sus propios tribunales' y que pueda atenuar o abandonar de manera discrecional, sino que viene impuesta por el derecho internacional, que no admite discriminación entre Estados»⁷¹. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ señaló que Bélgica había transgredido una obligación de derecho internacional en relación con la República Democrática del Congo, por cuanto la emisión de la orden de detención del Sr. Abdulaye Yero-dia Ndombasi y su difusión internacional constituía una violación de la inmunidad penal extranjera del Ministro, de la que disfrutaba en virtud del derecho internacional⁷². En el caso en cuestión se trataba de una obligación derivada del derecho internacional consuetudinario. Resulta aún más evidente que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios se deriva del derecho internacional en el caso de las correspondientes obligaciones convencionales anteriormente mencionadas.

36. No obstante, en primer lugar nada impide que los Estados otorguen a los funcionarios de otros Estados, y en primer lugar a los altos funcionarios, inmunidad de jurisdicción no sólo en virtud de las obligaciones de derecho internacional, sino también de la cortesía internacional⁷³. En segundo lugar, surge otra cuestión. Tanto en la doctrina como en la práctica en ocasiones se examina el tema de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los miembros de la familia de los altos funcionarios o de las personas más cercanas a éstos. En relación con esta categoría de personas, existen muchos más argumentos para afirmar que la fuente de su inmunidad de jurisdicción extranjera no es el derecho internacional, sino la cortesía internacional⁷⁴. Por último, existe la opinión de que cuando los altos funcionarios del Estado realizan visitas privadas, y no oficiales, a otro país, el Estado receptor no tiene obligación jurídica de otorgarles inmunidad, pero puede hacerlo por cortesía⁷⁵. Esta cuestión se examinará en la sección dedicada al alcance de la inmunidad.

4. PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO NACIONAL

37. En la legislación de algunos Estados se regula la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de Estados

⁷¹ *Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, Comité de Apelación, 14 de junio de 2006 (*Jones n.º 2*) [2006] UKHL 26, párr. 101.

⁷² *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 33.

⁷³ «Con independencia de su carácter convencional o consuetudinario, la obligación [de otorgar la inmunidad] no impide que las autoridades nacionales concedan a un jefe de Estado extranjero un trato más favorable que el impuesto por el derecho internacional» (Verhoeven, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 509).

⁷⁴ Véase el párrafo 128 *infra*.

⁷⁵ Según Cassese (*International Law*, pág. 96), «[c]uando [los altos funcionarios del Estado] realizan una visita privada y no viajan de incógnito, el Estado receptor está obligado a concederles protección especial; también puede concederles privilegios e inmunidades por motivos de cortesía, esto es de urbanidad y buena voluntad; no obstante, no tiene la obligación de hacerlo».

extranjeros, fundamentalmente de los jefes de Estado. En las leyes sobre la inmunidad del Estado extranjero aprobadas, en particular, en Australia, Canadá, Pakistán, Reino Unido, Singapur y Sudáfrica, el jefe de un Estado extranjero que se encuentra oficialmente en funciones se incluye en el concepto de Estado⁷⁶, como ocurre también en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En ese sentido, con arreglo a la legislación del Reino Unido, cuando el jefe de un Estado extranjero no se encuentra oficialmente en funciones goza de la inmunidad que se otorga a los jefes de misiones diplomáticas⁷⁷. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 36 de la Ley relativa a la inmunidad de Estados extranjeros de Australia, «Sin perjuicio de las disposiciones subsiguientes de esta sección, la Ley de privilegios e inmunidades diplomáticos de 1967 se aplicará, con las modificaciones necesarias, a la persona que en ese momento sea: a) el jefe de un Estado extranjero o b) el cónyuge del jefe de un Estado extranjero»⁷⁸.

38. La legislación de la Federación de Rusia contiene una disposición sobre la inmunidad de todos los funcionarios de Estados extranjeros. En el párrafo 2 del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal se establece que las actuaciones penales contra funcionarios extranjeros que gocen de inmunidad penal en virtud de las normas del derecho internacional universalmente reconocidas o de acuerdos internacionales en que la Federación de Rusia sea parte, se iniciarán con el consentimiento del Estado extranjero a cuyo servicio se encuentre o se encontrase ese funcionario. El Ministerio de Relaciones Exteriores comunica al tribunal o al órgano encargado de hacer cumplir la ley si el funcionario goza de inmunidad penal, así como el alcance de esa inmunidad⁷⁹. En este caso cabe destacar que, de conformidad con la legislación de Rusia, en lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción rusa de los funcionarios extranjeros prevalece el derecho internacional.

39. Dado que en los sistemas de derecho de algunos Estados se ha instituido la jurisdicción universal, en sus legislaciones han comenzado a incluirse disposiciones que pueden interpretarse como negaciones de la inmunidad de los funcionarios extranjeros en relación con los cuales el Estado en cuestión ejerce jurisdicción penal universal. De ese modo, en la Ley de Bélgica de 1993, relativa al procesamiento penal por violaciones graves de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas

⁷⁶ Véanse por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de inmunidad del Estado, de 1978, del Reino Unido; el artículo 16 de la Ley de inmunidad del Estado, de 1979, de Singapur; el artículo 15 de la orden sobre inmunidad del Estado, del Pakistán, de 1981; el artículo 1 de la Ley de inmunidad del soberano extranjero, de 1981, de Sudáfrica; el artículo 2 de la Ley de inmunidad del Estado, del Canadá, de 1982; el artículo 3 de la ley de inmunidad de los Estados extranjeros, de Australia, de 1985. Las disposiciones correspondientes de esas leyes figuran en Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, págs. 431 a 459, y en Dickinson, Lindsay y Loonam, *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, págs. 469 a 523.

⁷⁷ El artículo 20 de la Ley de inmunidad del Estado del Reino Unido contiene una referencia a la Ley de privilegios diplomáticos de 1964 (Bankas, *op. cit.*, pág. 440).

⁷⁸ Dickinson, Lindsay y Loonam, *op. cit.*, pág. 483.

⁷⁹ Véase la Ley Federal n.º 26 de modificaciones al artículo 3 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, de 4 de marzo de 2008.

de la guerra, de 1949, en 1999 se adoptó una disposición que impide utilizar la inmunidad como protección contra el procesamiento penal: «La inmunidad inherente al cargo oficial que una persona desempeñe no impide la aplicación de la presente ley»⁸⁰. Esa disposición permitió iniciar el proceso penal contra el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. Sin embargo, en 2003, después de que la CIJ emitiera su fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dicha ley fue modificada⁸¹ en el sentido de que «las inmunidades se dejarían sin efecto solamente en la medida en que el derecho internacional lo permitiera»⁸². De ese modo, de conformidad con la legislación belga, el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el caso de crímenes de guerra comenzó a determinarse, en esencia, sobre la base del derecho internacional.

40. El papel que desempeñan respectivamente el derecho internacional y el derecho nacional cuando los tribunales y otros órganos nacionales encargados de hacer cumplir la ley examinan la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero depende, en primer término, del lugar que ocupa el derecho internacional en el sistema jurídico del Estado en cuestión, y de su cultura y tradiciones en materia de derechos y aplicación de la ley. Es bien sabido que los tribunales nacionales aplican ampliamente el derecho internacional, como es obvio, junto al nacional, en el examen de cuestiones de inmunidad de funcionarios extranjeros, y se observa también una ausencia casi total de referencias al derecho internacional cuando examinan esas causas.

41. La inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción penal extranjera y la inmunidad jurisdiccional de los Estados son cuestiones que afectan a las relaciones entre Estados. Por ello, la fuente de derecho fundamental y primaria en ese ámbito es el derecho internacional. Así pues, en una situación ideal, el derecho internacional determinará el contenido del derecho nacional que apliquen los tribunales y otros órganos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, o éstos deberán aplicarlo directamente al

⁸⁰ Ley de 16 de junio de 1993, modificada por la ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

⁸¹ Ley de 5 de agosto de 2003 relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, dispone:

«Artículo 13

Insértese en el capítulo I del título preliminar del Código de Procedimiento Penal un artículo 1 *bis*, con la siguiente redacción:

Artículo 1 *bis*. § 1. De conformidad con el derecho internacional se excluyen los procedimientos relacionados con:

– Jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como con otras personas cuya inmunidad se reconoce en el derecho internacional;

– Personas que posean inmunidad total o parcial conforme a un tratado vinculante para Bélgica.

§ 2. De conformidad con el derecho internacional, no podrá realizarse ningún acto de coerción relacionado con el ejercicio de la acción pública contra una persona que haya sido invitada oficialmente a permanecer en el territorio del Reino por las autoridades belgas o por una organización internacional radicada en éste y con la que Bélgica ha concertado un acuerdo relativo a la sede, durante la permanencia de dicha persona en territorio belga.»

⁸² Smis y Van der Borght, «Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives».

examinar cuestiones relativas a la inmunidad⁸³. Idealmente, el derecho nacional debe desempeñar un papel auxiliar en este ámbito, contribuyendo a la aplicación de las disposiciones del derecho internacional que regulan la inmunidad⁸⁴. Considerando que con frecuencia a los tribunales nacionales les resulta difícil determinar el contenido de las normas consuetudinarias del derecho internacional aplicables, sería sumamente útil una codificación del derecho internacional en el ámbito que se examina.

5. MATERIALES QUE DEBERÍAN UTILIZARSE

42. En la investigación del tema que se examina y la posible formulación de los proyectos de disposiciones normativas al respecto, parece conveniente que se utilicen los siguientes materiales: documentos que reflejen la práctica de los Estados, como legislación nacional, fallos judiciales nacionales, sobre todo los emitidos a fines del siglo pasado y comienzos del presente, que reflejen la interpretación actual del tema; exposiciones del poder ejecutivo en los órganos judiciales nacionales e internacionales; intervenciones de representantes de los Estados sobre la problemática que se examina; tratados internacionales relacionados con el tema; fallos y otros documentos de la CIJ, especialmente del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, y otros casos que se examinan en la actualidad: *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia) y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia); fallos pertinentes de tribunales penales internacionales; material de la Comisión mencionado anteriormente y otro relacionado con el tema bajo examen, material relativo al examen de inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno elaborado por el Instituto de Derecho Internacional en el período 1997-2001; investigaciones académicas en esta esfera y otro material relacionado con el tema⁸⁵.

B. Inmunidad y jurisdicción

1. JURISDICCIÓN

43. El propio título del tema que se examina supone que existen similitudes y diferencias entre los conceptos de «inmunidad» y de «jurisdicción». Como

⁸³ Nótese en este sentido, por ejemplo, la situación de Francia descrita por el agente de Francia, R. Abraham durante las sesiones de la vista en la CIJ del caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia): «De conformidad con el derecho internacional, la ley francesa hace suyo el principio de la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros. [...] No existen reglas escritas que se deriven de ninguna legislación relacionada con las inmunidades del Estado y sus representantes. Es la jurisprudencia de los tribunales franceses la que, remitiéndose al derecho internacional consuetudinario y aplicándolo directamente, ha afirmado de manera clara y enérgica el principio relativo a esas inmunidades» (CIJ, CR 2003/21, lunes 28 de abril de 2003, 16.00 horas, párr. 32).

⁸⁴ Como señala Verhoeven («Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 82), «[a] parecer, no hay dudas en el sentido de que la inmunidad es en primer lugar una cuestión de derecho internacional y que por tanto, corresponde al derecho internacional regular los problemas que ésta plantea. Además, compete al derecho internacional determinar el modo concreto en que esa regulación se aplica en cada sistema jurídico interno, teniendo en cuenta que si se abstiene de hacerlo, podría entrar en juego, al igual que en otros casos, la responsabilidad internacional del Estado.»

⁸⁵ Por ejemplo, es interesante la labor de la OIPC/INTERPOL con las solicitudes de los países de difundir las órdenes de detención de funcionarios extranjeros.

señalan los magistrados Higgins, Kooijmans y Buerenthal en sus opiniones separadas coincidentes en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «inmunidad» es la palabra que se utiliza para designar brevemente la «inmunidad de jurisdicción»⁸⁶. La jurisdicción precede a la inmunidad. Si no hay jurisdicción no existe ninguna base para plantear y examinar la cuestión de la inmunidad respecto de la jurisdicción⁸⁷. En el mismo fallo, la CIJ indicó que «sólo cuando un Estado tiene jurisdicción con arreglo al derecho internacional en relación con un asunto concreto puede plantearse una cuestión de inmunidades respecto del ejercicio de esa jurisdicción»⁸⁸.

44. En el presente tema se trata de la jurisdicción nacional, y no de la internacional, es decir, de la jurisdicción del Estado, y no de la jurisdicción de los órganos internacionales. Según Shaw, «[l]a jurisdicción tiene que ver con el poder del Estado para afectar a las personas, a sus bienes y a sus circunstancias y refleja los principios básicos de soberanía del Estado, igualdad de los Estados y no injerencia en los asuntos internos»⁸⁹. Con frecuencia al hablar de jurisdicción se tiene en mente el poder o la competencia del Estado⁹⁰. La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado⁹¹, de sus prerrogativas de poder, en particular en el territorio que el Estado ejerce su soberanía. Lukashuk ha señalado que la jurisdicción «es el poder del Estado para prescribir normas de comportamiento y asegurar su cumplimiento, con todos los

medios legales de que dispone»⁹². Según Brownlie, «al menos como presunción, la jurisdicción es territorial»⁹³. No obstante, la jurisdicción puede ejercerse también en razón de otros motivos, como, por ejemplo, la nacionalidad⁹⁴, y puede ser extraterritorial.

45. La jurisdicción se ejerce mediante la acción de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales del Estado. Por lo general se establece una distinción entre jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial⁹⁵. La jurisdicción legislativa o prescriptiva (elaboración de leyes) consiste en la promulgación de leyes y otras disposiciones legales. La jurisdicción ejecutiva son las acciones que realizan el Estado, sus órganos ejecutivos y sus funcionarios para cumplir y hacer cumplir sus leyes y demás disposiciones legales. La jurisdicción judicial consiste en la actividad de sus órganos judiciales relacionada principalmente con el examen de las causas. La jurisdicción ejecutiva y la jurisdicción judicial tienen características comunes: ambas conllevan la aplicación y la garantía del cumplimiento de la ley. Por ello algunos autores argumentan que sólo hay dos tipos de jurisdicción: legislativa (prescriptiva) y ejecutiva⁹⁶.

46. En el segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes el Relator Especial, Sr. Sucharitkul, propuso la siguiente definición del término: «se entiende por 'jurisdicción' la competencia o poder de un Estado territorial para desarrollar un procedimiento judicial, resolver controversias o zanjar litigios, así como el poder de administrar justicia en todos sus aspectos» (apartado g del párrafo 1 del proyecto de artículo 2). Esta definición se complementó con el proyecto de disposiciones interpretativas, que explican los elementos del concepto de «jurisdicción»:

Artículo 3. Disposiciones interpretativas

1. Para los efectos de los presentes artículos, y a menos que se establezca otra cosa,

[...]

b) la expresión «jurisdicción», tal y como se define en el apartado g del párrafo 1 del artículo 2, comprende:

- i) la potestad de sentencia,
- ii) la potestad de decidir cuestiones de derecho y de hecho,
- iii) la potestad de administrar justicia y adoptar medidas pertinentes en todas las fases de los procedimientos judiciales, y
- iv) todas aquellas facultades administrativas y ejecutivas que normalmente ejercen las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial⁹⁷.

47. De esta definición y de las disposiciones interpretativas se desprende, en primer lugar, que a los efectos del proyecto de artículos sobre las inmunidades

⁸⁶ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 64, párr. 3.

⁸⁷ Bröhmer (*State Immunity and the Violation of Human Rights*, pág. 34) señala que, «la cuestión de la jurisdicción lógicamente precede a la cuestión de la inmunidad soberana, porque sin jurisdicción no puede surgir la cuestión de la inmunidad». Toner («Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense», pág. 903) considera que: «[a]ntes de que se pueda analizar si la inmunidad es o no un argumento viable, el establecimiento de la jurisdicción [...] es una necesidad. La jurisdicción debe establecerse primero porque, por definición, inmunidad es la forma abreviada de inmunidad de la jurisdicción».

⁸⁸ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 19, párr. 46. El entonces Presidente de la CIJ, G. Guillaume, expresó la misma idea: «En efecto, la competencia de los tribunales es una cuestión sobre la cual éstos deben pronunciarse antes de interrogarse sobre la inmunidad de los justiciables. Dicho de otro modo, sólo si existe jurisdicción es posible beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción» (ibid., pág. 35, párr. 1). En su opinión separada, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buerenthal compartieron ese criterio: «Si no hay jurisdicción en principio, no se plantea entonces la cuestión de la inmunidad de una jurisdicción que en otras circunstancias sí podría existir» (ibid., pág. 64, párr. 3).

⁸⁹ Shaw, *International Law*, pág. 572.

⁹⁰ «Jurisdicción» – «Término que hace alusión al concepto de poder, utilizado en diversas expresiones como competencia y en otras como poder de enjuiciar» (Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pág. 624). De acuerdo con Lowe, «'Jurisdicción' es el término que describe los límites de la competencia jurídica de un Estado u otra autoridad reguladora (como la Comunidad Europea) para elaborar, aplicar y hacer cumplir normas de conducta en relación con sus destinatarios» («Jurisdiction», pág. 335). Oxman considera que «[e]n su sentido más amplio, la jurisdicción de un Estado se refiere al poder que lícitamente le corresponde para actuar y, por ende, a su poder de decidir si actúa o no actúa y en qué condiciones. Aunque los juristas a menudo utilizan el término 'jurisdicción' de manera más restrictiva para referirse al poder lícito para elaborar y hacer cumplir normas, es conveniente tener en cuenta su sentido más amplio» («Jurisdiction of States», pág. 55).

⁹¹ Bowett, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», y Chernichenko, *Teoría del derecho internacional*, pág. 126, según quien «[l]a jurisdicción del Estado (o jurisdicción nacional) es una manifestación de la soberanía del Estado».

⁹² Lukashuk, *Derecho internacional. Parte general*, págs. 330 y 331.

⁹³ Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 297. Lukashuk (*op. cit.*) señala que el principio fundamental de la jurisdicción es el principio territorial. Al mismo tiempo, en cuanto a la esfera de acción, la jurisdicción puede ser territorial y extraterritorial.

⁹⁴ Shaw, *op. cit.*, pág. 572.

⁹⁵ Ibid., págs. 576 a 578; y Lukashuk, *op. cit.*

⁹⁶ Véase, por ejemplo, Chernichenko, *op. cit.*, págs. 112 a 117.

⁹⁷ *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/331 y Add.1, pág. 222.

jurisdiccionales de los Estados, el Relator Especial consideró conveniente que se examinaran solamente los aspectos ejecutivo y judicial de la jurisdicción. La jurisdicción legislativa (prescriptiva) no queda incluida en esta definición. En segundo lugar, a los efectos de los artículos, el concepto de jurisdicción abarca todo el espectro de las acciones procesales⁹⁸.

2. JURISDICCIÓN PENAL

48. Dependiendo de la esencia de las leyes (disposiciones) que las autoridades emiten, de las acciones que realizan, y de las cuestiones o los supuestos que se regulan en dichas disposiciones o que examinan las autoridades, la jurisdicción puede dividirse en civil, administrativa y penal. La jurisdicción penal conlleva la adopción de leyes y otras prescripciones que tipifican como delito actos realizados por las personas, y determinan y exigen la responsabilidad por esos actos, y la propia actividad de los órganos del Estado en la aplicación de esas leyes y disposiciones⁹⁹. Es importante señalar que pueden participar en las actividades encaminadas a aplicar y hacer cumplir la ley en el ámbito jurídico-penal, es decir, en la jurisdicción ejecutiva o judicial del Estado, los órganos judiciales, algunos órganos ejecutivos, y también órganos que no forman parte del sistema de poder ejecutivo o judicial. La participación de diversos órganos del Estado en el ejercicio de la jurisdicción penal junto con los órganos judiciales depende del ordenamiento jurídico del Estado¹⁰⁰. Las disposiciones jurídicas nacionales que tipifican como delito ciertos actos de las personas y establecen la responsabilidad por su comisión son las disposiciones del derecho penal sustantivo. Las normas que definen el régimen y los procedimientos de la aplicación de las disposiciones sustantivas del derecho penal son las normas de derecho penal procesal. En general, la actividad de los órganos del Estado para cumplir o hacer cumplir las normas de derecho penal sustantivo, que viene regulada en las normas de derecho procesal, está constituida por actuaciones procesales penales, y forma parte del concepto de proceso penal.

49. Como se señaló anteriormente, la jurisdicción es un concepto fundamentalmente territorial. Sin embargo, puede tener también un carácter extraterritorial, típico especialmente de la jurisdicción penal. El Estado extiende la jurisdicción penal fuera de los límites de su propio territorio en una serie de casos: *a*) en relación con actos cometidos en el extranjero por uno de sus nacionales y tipificados como delito en su legislación; *b*) en relación

con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en su legislación que hayan ocasionado un perjuicio a uno de sus ciudadanos; *c*) en relación con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en su legislación que ocasionen un perjuicio al propio Estado, y *d*) en relación con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en el derecho internacional. En el caso *a*) la jurisdicción penal extraterritorial recibe el nombre de «jurisdicción respecto de la persona activa»; en el caso *b*) el de «jurisdicción respecto de la persona pasiva» (en ocasiones esos dos conceptos se unen en la categoría de jurisdicción extraterritorial «respecto de la persona»); en el caso *c*) se denomina «jurisdicción por el principio de protección» y en el *d*) se habla de principio «universal»¹⁰¹.

50. La cuestión de la inmunidad de un funcionario puede surgir cuando un Estado extranjero ejerce la jurisdicción penal territorial y la jurisdicción respecto de la persona pasiva, la jurisdicción por el principio de protección y la jurisdicción penal universal extraterritorial. Esta cuestión puede plantearse también cuando varios Estados tratan de ejercer la jurisdicción penal respecto de una misma persona.

3. JURISDICCIÓN PENAL Y JURISDICCIÓN CIVIL

51. A diferencia de la jurisdicción civil ejecutiva y del proceso civil, la jurisdicción penal ejecutiva puede ejercerse y el proceso penal puede iniciarse mucho antes de la fase judicial propiamente dicha. En el proceso penal puede haber una fase prejudicial importante. Después de que las fuerzas del orden reciben la denuncia de un (presunto) delito, y antes de que el caso se presente ante el tribunal, se realiza un número considerable de diligencias penales. Para que la policía y otros órganos encargados de hacer cumplir la ley realicen, durante la investigación preliminar, diligencias como levantar actas del examen del lugar de comisión del delito, recoger pruebas materiales, interrogar a los testigos, instituir un procedimiento penal, y otras, no se requiere, o al menos en muchos países puede no requerirse, una orden judicial. Esas diligencias pueden afectar a un funcionario extranjero. Por consiguiente, ya en la fase prejudicial puede plantearse la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal. Este aspecto es importante para determinar los límites del tema que se examina y el alcance de la inmunidad.

52. Puede ejercerse jurisdicción civil respecto de las personas y del Estado. Al mismo tiempo, desde el punto de vista de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por ejemplo, una demanda civil contra el representante en funciones de un Estado equivale a una demanda contra dicho Estado¹⁰². Por consiguiente, el examen de

⁹⁸ Como señaló el propio Relator Especial en la presentación del proyecto de definición, a esos efectos, el concepto de jurisdicción, «abarca, pues, todo el proceso judicial, desde la iniciación o incoación del procedimiento, las notificaciones, la instrucción, el juicio y las órdenes, mandamientos, etc., que pueden constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos» (ibíd., pág. 216, párr. 30).

⁹⁹ «La competencia penal estatal en sentido amplio puede extenderse tanto a la competencia de la ley penal de fondo que resulte aplicable, en virtud de la cual se incrimina y sanciona, como a la determinación del orden jurisdiccional represivo encargado de la aplicación de los textos penales» (Fournier, «Compétence pénale», pág. 1).

¹⁰⁰ Por ejemplo, en la Federación de Rusia, se encargan de funciones dirigidas a hacer cumplir la ley, además de los tribunales y los órganos del Ministerio del Interior, parcialmente, los órganos de la Fiscalía, que no forman parte del sistema de órganos del poder ejecutivo.

¹⁰¹ Véanse las notas 22 a 26 del memorando sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por la Secretaría (A/CN.4/596).

¹⁰² Ello se desprende de la definición del término «Estado» a los efectos de la Convención; de conformidad con esa definición y con el artículo 2, párr. 1, apdo. *b*, inc. iv), de la Convención, se entiende por «Estado», en particular, «los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter»; y del artículo 6, párr. 2, de la Convención, según el cual «un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: [...] *b*) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado».

dicha demanda por un tribunal equivale al ejercicio de la jurisdicción civil respecto de ese Estado.

53. La jurisdicción penal se ejerce solamente respecto de las personas, y no del Estado. Éste, a diferencia del individuo, no incurre en responsabilidad penal. En el fallo emitido en 2006 en la causa *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, después de señalar la diferencia entre jurisdicción penal y jurisdicción civil, Lord Bingham of Cornhill dijo: «un Estado no es responsable desde el punto de vista penal ni en el derecho internacional ni en el derecho inglés, y por tanto no es posible entablar un procedimiento penal directamente contra él»¹⁰³. En esta exposición es importante, en particular, la palabra «directamente». Es obvio que aunque no sea de manera directa, el ejercicio de la jurisdicción penal contra un funcionario estatal afecta al Estado en cuyo nombre el funcionario presta servicio. Ello es especialmente evidente en el caso de procedimientos penales contra altos funcionarios estatales y gubernamentales, en particular, contra un jefe de Estado o de gobierno, un ministro de relaciones exteriores u otros miembros del gobierno que representen al Estado en asuntos internacionales o desempeñen las más altas funciones estatales en relación con su soberanía y seguridad. También es evidente en procesos penales contra funcionarios estatales de cualquier nivel, en relación con actos cometidos en el ejercicio de funciones oficiales. Como se señala en el fallo emitido en 2004 en la causa *Ronald Grant Jones and others v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, «pudiera decirse que las actuaciones penales contra un presunto torturador van, de manera indirecta, contra el Estado extranjero. No es fácil comprender por qué debe considerarse que el proceso civil contra un presunto torturador implica una mayor injerencia en los asuntos internos de un Estado extranjero o una forma más objetable de decisión en relación con éstos»¹⁰⁴. Además, es muy probable que en el curso de actuaciones penales contra funcionarios de un Estado extranjero, el Estado que las lleva a cabo tenga acceso a información relacionada con la soberanía y la seguridad del Estado al que prestan servicios dichos funcionarios. En esas circunstancias, si bien desde el punto de vista jurídico se trata de una cuestión de procesamiento penal de personas físicas, en esencia, nos encontramos ante una cuestión de ejercicio de las prerrogativas soberanas de un Estado en relación con otro. En ese sentido se ven afectados los intereses soberanos de ese otro Estado. Además, en el ejercicio de la jurisdicción penal, que suele incluir actividades de investigación que conllevan una gran injerencia, esos intereses soberanos pueden verse afectados en un grado mucho mayor que durante el ejercicio de la jurisdicción civil. Como se señala en el fallo del Tribunal Federal de Suiza relativo a la denominada causa *Adamov*, «de conformidad con los principios del derecho internacional general es inadmisibles que la jurisdicción penal interna del Estado se inmiscuya en la esfera de los intereses de otro Estado»¹⁰⁵.

¹⁰³ *Jones n.º 2* (véase la nota 71 *supra*), párr. 31.

¹⁰⁴ *Jones v. Ministry of Interior AlMamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, Tribunal de Apelación, 28 de octubre de 2004 (*Jones n.º 1*) [2004] EWCA Civ 1394, párr. 75.

¹⁰⁵ *Evgeny Adamov c. Departamento Federal de Justicia*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II 81, párr. 3.4.3.

54. Por último, es conveniente mencionar que hay circunstancias en que no es tan fácil distinguir la jurisdicción penal de la civil. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos es posible presentar una demanda civil en el marco de un proceso penal¹⁰⁶.

55. En términos generales, aunque a primera vista la diferencia entre la jurisdicción penal y la civil respecto de los funcionarios de un Estado extranjero parece obvia, ambas poseen suficientes aspectos comunes para que al examinarse el tema de este informe se tenga en cuenta la práctica actual en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y del propio Estado.

4. INMUNIDAD

56. El Estado tiene derecho a ejercer la jurisdicción, incluida la jurisdicción penal, sobre todas las personas que se encuentran en su territorio, excepto las que gozan de inmunidad¹⁰⁷. Al menos en los tratados internacionales universales no existe una definición del concepto de «inmunidad», pese a que el término figura en ellos con no poca frecuencia. Por lo general se entiende por «inmunidad» la exención o exclusión de una institución, una persona o sus bienes, de la jurisdicción del Estado; un impedimento al ejercicio de la jurisdicción; una limitación de la jurisdicción; una protección utilizada para obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción en relación con la institución, la persona o los bienes; y por último, el derecho a que no se ejerza la jurisdicción respecto de la institución, la persona y los bienes, es decir el derecho a no estar sujeto a la jurisdicción¹⁰⁸.

¹⁰⁶ De ese modo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, «puede presentarse una demanda civil después de que se inicia una causa penal y antes de que finalice la investigación judicial durante la vista de la causa en el tribunal de primera instancia».

¹⁰⁷ Cabe recordar el proyecto de artículo 2 del proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados (véase el párrafo 7 *supra*).

¹⁰⁸ Por ejemplo, Stefko entendía por inmunidad «la exención de la jurisdicción de las autoridades locales» (*Exención diplomática de la jurisdicción civil*, Leópolis, 1938, pág. 30 (en polaco), citado en Przetacznik, *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, pág. 10). En Salmon, *op. cit.*, la inmunidad se define del siguiente modo: «Exención que hace que las personas, los artefactos o los bienes que se benefician de ella (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, buques y aeronaves de Estado y, en el pasado, los extranjeros en países con capitulaciones) queden excluidos de los procedimientos o las obligaciones derivadas del derecho común» (pág. 558), en tanto que la inmunidad de jurisdicción se define como «[e]xención que permite que ciertas entidades y personas (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, etc.) queden excluidas de la acción de las jurisdicciones del Estado de residencia o de un tercer Estado» (pág. 559). Kessedjian afirma que la concepción de inmunidad de jurisdicción consiste en «impedir que un Estado o una organización internacional sean demandadas ante la jurisdicción de otro Estado» («Immunités», pág. 5). Steinberger («State Immunity», pág. 615) señala: «En el marco del derecho internacional público, el derecho relativo a la inmunidad del Estado hace referencia a los principios y las normas jurídicas conforme a los cuales un Estado extranjero puede reclamar la excepción o suspensión de la jurisdicción de otro Estado o alegar que no responde ante ella». Wirth («Immunity for core crimes? The I.C.J.'s Judgment in the Congo v. Belgium Case», pág. 882) considera que «[l]a inmunidad del Estado es el derecho a no quedar sujeto al ejercicio de la jurisdicción extranjera». Khlestova (*Problemas de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (legislación y práctica)*, pág. 9) opina que «la inmunidad del Estado supone su no subordinación a la jurisdicción de otro Estado».

57. En el segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en el proyecto del párrafo 1 del artículo 2, el Relator Especial, propuso las siguientes definiciones para los términos «inmunidad» e «inmunidades jurisdiccionales» a los efectos de los proyectos de artículos:

a) se entiende por «inmunidad» el privilegio de exención o suspensión del ejercicio de la jurisdicción de las autoridades competentes de un Estado territorial o de no sujeción a esa jurisdicción;

b) se entiende por «inmunidades jurisdiccionales» la inmunidad respecto de la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas de un Estado territorial¹⁰⁹.

Como señaló el Relator Especial en la presentación del informe que contenía los proyectos:

La «inmunidad» es un concepto legal que puede expresarse en términos de relación jurídica. [...] [L]a «inmunidad» a que tiene derecho una persona [...] o un Estado está en correlación con un «no poder» de la autoridad correspondiente. [...] [L]a expresión «inmunidad» implica el no ejercicio del poder o la no sujeción a la jurisdicción de las autoridades nacionales de un Estado territorial¹¹⁰.

58. En la definición de «inmunidad» citada y en el comentario del Sr. Sucharitkul salta a la vista que, aunque el Relator Especial califica la inmunidad de relación jurídica, no existe correlación entre el derecho del beneficiario de esa relación y la obligación del Estado extranjero (solamente existe correlación entre la no sujeción a la jurisdicción y el derecho). Además, en una relación jurídica, existe correlación entre el derecho de una persona y la obligación de otra u otras personas. En ese sentido la inmunidad no es una excepción. Si se examina la inmunidad de jurisdicción como norma jurídica (y la relación jurídica correspondiente a esa norma) que establece el derecho y la obligación correspondiente, lo cual parece ocurrir precisamente de ese modo, entonces se trata, por una parte, del derecho a que el Estado no ejerza su jurisdicción respecto de la persona que goza de inmunidad, y por la otra, de la obligación del Estado que tiene jurisdicción a no ejercerla sobre la persona que goza de inmunidad¹¹¹.

59. Existe otro enfoque de la inmunidad. La inmunidad se considera una derogación de la jurisdicción del Estado que acoge al funcionario extranjero. En esa interpretación de la inmunidad lo que está en primer plano no es el derecho del beneficiario de la inmunidad y la obligación correspondiente, sino el consentimiento o la buena voluntad del Estado que tiene jurisdicción territorial de no ejercer la jurisdicción en relación con dicha persona, como expresión de respeto hacia el otro Estado y por consiguiente hacia sus representantes. En esencia, en esta interpretación la inmunidad no se basa en el derecho internacional, sino en la cortesía internacional¹¹². Esa concepción, de aplicarse de manera pura, deja a la inmunidad fuera del ámbito del derecho y la remite a la esfera de las facultades discrecionales del Estado que ejerce la

jurisdicción. Sin embargo, en la práctica no se aplica de forma tan pura, sino que más bien se utiliza como complemento de la interpretación y fundamentación de la inmunidad derivada del derecho internacional. Shaw señala que la inmunidad, «[s]i bien constituye una derogación de la jurisdicción del Estado de acogida en el sentido de que, por ejemplo, el Reino Unido no puede ejercer su jurisdicción respecto de los embajadores extranjeros acreditados en su territorio, no obstante, debe analizarse como parte esencial del reconocimiento de la soberanía de los Estados extranjeros, y como un aspecto de la igualdad jurídica de todos los Estados»¹¹³.

60. Las definiciones de los términos «inmunidad» y «jurisdicción» y las disposiciones interpretativas correspondientes no se incluyeron en el proyecto de artículos aprobado por la Comisión, ni posteriormente en la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Sin embargo, reflejan en gran medida las nociones generalmente aceptadas sobre el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción». Cabe preguntarse si no sería conveniente que se elaborara una definición de los términos «inmunidad» y/o «inmunidad de jurisdicción penal» en el marco del tema que se examina, si se desea elaborar proyectos de disposiciones normativas.

61. A pesar de la interrelación existente entre la inmunidad y la jurisdicción, y de que el desarrollo del concepto de jurisdicción extraterritorial y, en especial, de jurisdicción universal ha influido considerablemente en las reflexiones relacionadas con la inmunidad, esta última puede examinarse y estudiarse sin necesidad de examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal, y viceversa. Como señaló la CIJ en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*:

[L]as reglas que rigen la jurisdicción de los tribunales nacionales deben distinguirse cuidadosamente de las que rigen las inmunidades jurisdiccionales: la jurisdicción no implica ausencia de inmunidad, y la ausencia de inmunidad no implica jurisdicción. De ese modo, si bien diversas convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos delitos graves imponen a los Estados obligaciones relativas a enjuiciamiento y extradición, con lo cual les exigen que extiendan su jurisdicción penal, esa extensión de la jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades derivadas del derecho internacional consuetudinario [...]. Dichas inmunidades pueden seguirse invocando ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan una jurisdicción de esa índole en virtud de las convenciones mencionadas¹¹⁴.

62. En su opinión individual conjunta en el mismo fallo, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal señalan la compleja interrelación existente entre la «inmunidad» y la «jurisdicción», y que la presencia o ausencia de inmunidad depende en cada caso concreto no sólo del estatuto de la persona, sino también del tipo de jurisdicción, y de sobre qué base las autoridades del Estado tienen la intención de ejercerla¹¹⁵. Los magistrados señalaron también que «[a]unque la inmunidad desde el punto de

¹⁰⁹ *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 217.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 214, párr. 17.

¹¹¹ Según Sinclair («The law of sovereign immunity: recent developments», pág. 199), «desde el punto de vista de la jurisprudencia, la inmunidad puede definirse como la correlación de la obligación que incumbe al Estado territorial de abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre un Estado extranjero».

¹¹² Véanse los párrafos 35 y 36 *supra*.

¹¹³ *Op. cit.*, pág. 621. Sobre este tema escribe también Sucharitkul («Immunities of foreign States before national authorities», pág. 119): «Puede afirmarse que la reciprocidad de trato, la *comitas gentium* y la cortesía internacional son conceptos íntimamente relacionados que ofrecen un fundamento subsidiario o adicional para la doctrina de la inmunidad soberana».

¹¹⁴ *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59.

¹¹⁵ *Ibid.*, pág. 64, párr. 3.

vista conceptual dependía de una jurisdicción preexistente, había un conjunto de leyes bien definido que se aplicaba a cada una de esas nociones» y que la CIJ, sin pasar por alto la cuestión de la jurisdicción, «había alentado una lamentable tendencia actual [...] dirigida a combinar estas dos cuestiones»¹¹⁶.

63. En el marco de este tema es necesario examinar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y posiblemente formular proyectos de artículos o principios rectores al respecto. El Relator Especial no consideraría conveniente seguir examinando a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal, ni la cuestión de la jurisdicción penal extraterritorial y universal en particular. Por consiguiente, parece que en el marco de este tema no es necesario formular ningún proyecto de disposición relativa a la jurisdicción. Al mismo tiempo, es evidente que será necesario abordar la jurisdicción cuando se examine la cuestión del alcance de la inmunidad, y en particular, si existen exenciones o exclusiones de la norma de inmunidad.

5. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL Y SU NATURALEZA PROCESAL

64. Las ideas antes señaladas sobre inmunidad y jurisdicción son válidas también para el concepto de «inmunidad de jurisdicción penal» que se examina en el marco del presente tema. Es importante señalar que la inmunidad de jurisdicción, y en particular la inmunidad de jurisdicción penal, no exime al que la disfruta de la jurisdicción legislativa (prescriptiva) del Estado. Resulta característico que en la definición de inmunidad de jurisdicción propuesta por Sucharitkul se aborde la inmunidad de la jurisdicción únicamente respecto de las autoridades judiciales y administrativas. Teniendo en cuenta el proyecto de definición del concepto de «jurisdicción» antes mencionado, a los efectos de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, es evidente que se trata solamente de la inmunidad de la jurisdicción ejecutiva y judicial, y no de la legislativa (prescriptiva) del Estado, es decir de la inmunidad respecto del proceso y de las acciones procesales¹¹⁷. De ese modo, el beneficiario de la inmunidad no queda fuera del alcance de la ley establecida por el Estado que posee la jurisdicción (el derecho aplicable en el territorio de ese Estado)¹¹⁸. No obstante el Estado que posee la jurisdicción no puede garantizar que

su ley vaya a aplicarse al beneficiario de la inmunidad. Para quien la posee, la inmunidad constituye una protección contra los procedimientos destinados a hacer cumplir la ley en el Estado respecto del cual se aplica la inmunidad, pero no contra la ley de ese Estado. Esta opinión es ampliamente respaldada por la doctrina¹¹⁹. Como característica general, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales, que ofrecen inmunidad de jurisdicción del Estado de acogida a algunas categorías de personas, establecen a la vez la obligación de que esas personas respeten las leyes de dicho Estado¹²⁰.

65. Cabe señalar que existe otro punto de vista sobre la naturaleza de la inmunidad. En ocasiones se habla no solamente de inmunidad procesal, sino también de inmunidad sustantiva o material, de conformidad con la cual la persona que goza de inmunidad puede no quedar sujeta a las leyes, y por consiguiente, a la jurisdicción legislativa del Estado¹²¹. No obstante, la mayoría de los estudiosos no comparten este punto de vista.

66. Ello es especialmente importante en el ámbito de la jurisdicción penal. En particular, el beneficiario de la inmunidad de jurisdicción penal no queda exonerado del cumplimiento de las normas de derecho sustantivo que tipifican como delito ciertos actos y establecen las sanciones correspondientes. La inmunidad de jurisdicción

¹¹⁹ Por ejemplo: «El término inmunidad se utiliza principalmente para hacer referencia a una exención del procedimiento legal. Como tal, la inmunidad no implica ni conlleva que no exista un deber de responder o rendir cuentas *ratione materiae*, como queda de manifiesto cuando se observa que la inmunidad siempre puede retirarse» (Parry y Grant, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, pág. 165); «la inmunidad de (jurisdicción no significa exención del sistema jurídico del Estado territorial en cuestión» (Shaw, *op. cit.*, pág. 623); «La alegación de inmunidad supone una inmunidad de enjuiciamiento, no una exención de la ley. De ahí que si la inmunidad se retira, el asunto puede resolverse mediante la aplicación del derecho de forma ordinaria. La responsabilidad subyacente del Estado demandado o la posibilidad de exigir su responsabilidad internacional no se ven afectadas aunque, como sucederá cuando no existan posibilidades de recurso ante los tribunales de dicho Estado, la inmunidad frente al enjuiciamiento permita evitar la responsabilidad». (Fox, «International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States», pág. 370); «La inmunidad del Estado conforme al derecho internacional no es más que inmunidad frente al procedimiento legal ante los tribunales internos, y no excluye a los Estados de sus propios procedimientos legales o de todo tipo de responsabilidad. Dicho de otro modo, el reconocimiento de la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional no significa el final del estado de derecho» (Tomonori, «The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct», pág. 274).

¹²⁰ Artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; artículo 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; y artículo 47 de la Convención sobre las Misiones Especiales. En el preámbulo de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 (véase nota 50 *supra*) se menciona también que las «inmunidades concedidas a un jefe de Estado o jefe de gobierno no implican en modo alguno que no esté obligado a respetar la ley en vigor en el territorio del foro».

¹²¹ Véase, por ejemplo, Stern, «Immunités et doctrine de l'Act of State. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères», pág. 64. «En derecho internacional, la inmunidad del Estado se refiere a las normas y principios jurídicos que determinan las condiciones en las cuales un Estado extranjero puede reclamar quedar libre de la jurisdicción (los poderes legislativo, judicial y administrativo) de otro Estado (a menudo llamado 'Estado del foro')» (Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, pág. 118); y Khlestova, *op. cit.*, pág. 9.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 4.

¹¹⁷ Sucharitkul (*loc. cit.*, pág. 96) señaló: «Las inmunidades de que se trata [inmunidades de los Estados extranjeros ante las autoridades nacionales] se refieren fundamentalmente a la jurisdicción o al ejercicio del poder local o la autoridad territorial, y no a las inmunidades frente al derecho sustantivo o a disposiciones jurídicas esenciales. Se trata de inmunidades que excluyen la aplicación de las normas procesales o, en el mejor de los casos, del procedimiento legal o el enjuiciamiento, pero no la aplicación de las normas locales. Cuando se invoca la inmunidad del Estado, la jurisdicción local puede quedar suspendida. Pero esa inmunidad puede retirarse en cualquier momento por diversos motivos, lo que permitiría continuar el procedimiento legal y reanudar completamente la aplicación del derecho sustantivo local».

¹¹⁸ «La inmunidad de jurisdicción no equivale a una exención del ordenamiento jurídico del Estado territorial. Este asunto puede plantearse como una cuestión prejudicial en procedimientos en los que no participa el Estado extranjero, o ante los tribunales de un tercer Estado que, conforme a sus normas sobre conflicto de leyes, tal vez deban aplicar el derecho sustantivo del (primer) Estado territorial, por ejemplo, la *lex delicti commissi*» (Steinberger, *loc. cit.*, pág. 616).

penal extranjera protege al beneficiario no sólo contra el procedimiento y las actuaciones procesales de los órganos judiciales y las fuerzas del orden del Estado extranjero que tiene la jurisdicción (cabe preguntarse si no sería más exacto que, en vez de hablar de inmunidad de jurisdicción o procedimiento penales extranjeros de los funcionarios del Estado, se hablara de inmunidad respecto de determinadas medidas de procedimiento y del procesamiento penal del Estado extranjero. Sin embargo, esta pregunta no podrá responderse hasta que se haya examinado el alcance de la inmunidad). De ese modo, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pertenece al ámbito del derecho procesal, y no del derecho sustantivo; es decir, tiene carácter procesal¹²². Por lo tanto, en principio, dicha inmunidad no exonera a sus beneficiarios de responsabilidad penal, sino que solamente dificulta su imputación. Como subrayó la CIJ en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*:

[L]a inmunidad de jurisdicción de los ministros de relaciones exteriores en ejercicio no significa en absoluto que gocen de *impunidad* respecto de cualquier delito que pudieran haber cometido [...]. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Aunque la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. Sin duda, la inmunidad jurisdiccional puede obstaculizar el proceso durante cierto tiempo o para ciertos delitos; no obstante, no puede exonerar a su beneficiario de toda la responsabilidad penal¹²³.

67. La cuestión de la inmunidad del funcionario puede plantearse ya en la fase inicial del proceso penal, incluso antes de que la causa se remita a un tribunal para que examine el fondo. Por ejemplo, en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia) que está considerando la CIJ, la República del Congo cuestiona, en particular en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del jefe de Estado, la legitimidad de algunas medidas de procedimiento penal contra varios funcionarios congoleños, incluido un jefe de Estado, adoptadas por Francia en la fase preliminar de la investigación y el proceso penal relacionados con delitos presuntamente cometidos en la República del Congo¹²⁴. La legitimidad de medidas similares adoptadas por Francia contra algunos funcionarios de Djibouti, incluido un jefe de Estado, se cuestiona también en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), que está examinando la CIJ¹²⁵. En la causa *Pinochet* la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de un ex jefe de Estado surgió cuando se examinaba la solicitud de su extradición a España¹²⁶. En la

causa *Adamov* la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia también se planteó en el contexto del examen de su extradición a un tercer Estado¹²⁷.

68. Cuando un tribunal nacional comienza a tramitar una causa penal, la inmunidad se examina como cuestión preliminar, antes del inicio del examen del fondo¹²⁸. Como señaló la CIJ en su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, los tribunales nacionales debían examinar la cuestión de la inmunidad respecto del proceso jurisdiccional «como cuestión previa sobre la que hay que pronunciarse cuanto antes *in limine litis*»¹²⁹.

69. Además, con frecuencia el Estado del funcionario en cuestión se opone totalmente al examen de la cuestión de la inmunidad en un tribunal extranjero y a otras medidas no judiciales de naturaleza procesal penal que el Estado extranjero intente aplicar o aplique respecto del funcionario. En tales casos, el Estado del funcionario suele adoptar medidas diplomáticas respecto del Estado extranjero que adopte medidas procesales penales, e indica la necesidad de respetar la inmunidad de su funcionario, o incluso plantea la responsabilidad del Estado extranjero por incumplir las obligaciones derivadas de las normas de derecho internacional sobre la inmunidad. Ello es consecuencia de que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, como ya se mencionó, pertenece al ámbito de las relaciones interestatales, y el derecho a la inmunidad y la obligación correspondiente de respetarla y abstenerse de ejercer la jurisdicción respecto del beneficiario de la inmunidad se derivan en primer término de las normas de derecho internacional.

70. El ejercicio de la jurisdicción penal incluye también la adopción de medidas cautelares o de ejecución. En algunos instrumentos de derecho internacional relativos a las cuestiones de la inmunidad figuran diversas disposiciones relacionadas respectivamente con la inmunidad de jurisdicción y con la inmunidad respecto de medidas de ejecución o cautelares (por ejemplo, en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, respectivamente en los párrafos 1 y 3 del artículo 31; en la Convención sobre las Misiones Especiales, en los párrafos 1 y 4 del artículo 31; y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal,

¹²² En la Federación de Rusia la disposición sobre la inmunidad de jurisdicción de acciones de procedimiento penal de los funcionarios de Estados extranjeros está contenida en el Código de Procedimiento Penal, que regula dicho procedimiento, y no en el Código Penal, que contiene las normas del derecho penal.

¹²³ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 25, párr. 60.

¹²⁴ *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), medidas conservatorias, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 62.

¹²⁵ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

¹²⁶ En octubre y noviembre de 1998, después de que el Tribunal Supremo de España dictó un fallo en el sentido de que los tribunales españoles tenían jurisdicción respecto de Pinochet, las autoridades judiciales españolas emitieron órdenes de detención contra el senador y solicitaron su extradición a España. De conformidad con esas órdenes y con la Ley de Extradición de 1989, los días 16 y 23 de octubre de 1998, los jueces de distrito metropolitanos emitieron dos órdenes preliminares

de arresto contra el ex dictador chileno. Véanse ILM, vol. 37 (1998), págs. 1302 y 1303; y vol. 38 (1999), pág. 432.

¹²⁷ En mayo de 2005 el ex Ministro de Energía Atómica de Rusia, E. Adamov, fue arrestado en Berna a solicitud de los Estados Unidos y sometido a detención preventiva con vistas a su extradición a dicho país. Las autoridades estadounidenses acusaban a E. Adamov de una serie de delitos económicos, incluida la apropiación y la utilización para fines personales de una gruesa suma destinada a la industria de energía nuclear de Rusia. La Federación de Rusia también solicitó a Suiza la extradición de E. Adamov, a fin de procesarlo.

¹²⁸ Como señala Shaw (*op. cit.*, págs. 623 y 624), «el tema de la inmunidad soberana es de carácter procesal y debe abordarse como cuestión preliminar». «El derecho inglés trata la inmunidad como una cuestión procesal que hay que tener en cuenta en la etapa inicial del procedimiento; parece que el derecho internacional así lo exige» (Fox, *The law of State Immunity*, pág. 13).

¹²⁹ *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 90, párr. 67.

en los párrafos 1 y 2 del artículo 30). No obstante, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se establece esa diferencia (su artículo 43 se refiere simplemente a la inmunidad de jurisdicción). Al menos en la etapa actual parece conveniente que se examine solamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y que no se aborde la cuestión de la inmunidad respecto de medidas cautelares o de ejecución.

6. LA INMUNIDAD, LA DOCTRINA DE LA NO JUSTICIABILIDAD Y LA DOCTRINA DE LOS HECHOS DE LOS ESTADOS

71. Además de la inmunidad existen otros factores que limitan la jurisdicción del Estado. Se trata de las doctrinas de la «no justiciabilidad» y de los «hechos de los Estados». Ambas se desarrollaron en el sistema de derecho anglosajón y se invocan fundamentalmente en los tribunales estatales en que se aplica el *common law*. Además, como señala Stern, se conocen enfoques similares en países de tradición jurídica romanista¹³⁰.

72. No existe una definición precisa de esas doctrinas. Fox afirma que «[l]a doctrina de la no justiciabilidad tiene un alcance indeterminado. Puede plantearse como alegación en procesos en que el Estado extranjero sea o no parte, y puede presentarse como excepción preliminar o durante la determinación del derecho sustantivo»¹³¹. Wickremasinghe afirma que la doctrina de la «no justiciabilidad» significa en esencia que «el objeto de la demanda se rige de hecho por el derecho internacional (o posiblemente por el derecho público extranjero) y por lo tanto su solución queda fuera de la competencia de los tribunales nacionales»¹³². En aplicación de la doctrina de la no justiciabilidad, un tribunal nacional puede determinar que no puede examinar, por ejemplo, una cuestión perteneciente al ámbito de las relaciones interestatales¹³³.

73. Sinclair señaló la necesidad de distinguir el concepto de inmunidad del concepto de «justiciabilidad»¹³⁴.

La inmunidad, expresada en la máxima *par in parem non habet imperium*, es un principio relacionado con la condición de igualdad soberana de todos los Estados independientes. Este principio se cumple si el Estado renuncia a su inmunidad, pues su consentimiento para que los tribunales locales ejerzan su jurisdicción permite mantener la condición de igualdad soberana. La no justiciabilidad, o la falta de competencias de los tribunales nacionales en razón del asunto objeto del proceso es un concepto que, aunque pudiera estar relacionado, es independiente. Por consiguiente, un tribunal podría negarse a pronunciarse sobre la validez de la aplicación de una ley de un Estado extranjero a asuntos de su propio territorio, argumentando que ello equivaldría a una afirmación de jurisdicción sobre asuntos internos de ese Estado¹³⁵.

74. En esencia, la doctrina de los hechos de los Estados es también un factor que limita el ejercicio de la jurisdicción en relación con un Estado extranjero. Su

aplicación tiene que ver en gran medida con el examen en los tribunales de casos en que se ve afectado el derecho de propiedad respecto de bienes que se encuentren en el Estado extranjero como resultado de hechos que afecten a ese derecho¹³⁶. En dichos procesos puede impugnarse la validez de hechos (normativos o de ejecución), realizados por el Estado extranjero. Fox afirma que «[l]a doctrina de los hechos de los Estados es una defensa contra el derecho sustantivo que exige que el tribunal del foro actúe con contención a la hora de resolver litigios relacionados con hechos legislativos u otros hechos gubernamentales realizados por un Estado extranjero dentro de sus límites territoriales»¹³⁷. Como resultado de la aplicación de la doctrina de la «no justiciabilidad», por lo general el tribunal reconoce la validez del hecho del Estado extranjero. Este enfoque se asienta en el principio del respeto a la soberanía del Estado y de la igualdad soberana de los Estados. Por cuanto se trata de un hecho de otro Estado soberano, el tribunal nacional se abstiene de examinar la cuestión de su validez, y se limita a reconocerlo de manera formal.

75. Al menos en ese aspecto la doctrina de los «hechos de los Estados» parece más limitada que la doctrina de «no justiciabilidad». Si el tribunal aplica así la referida doctrina de los «hechos de los Estados», examina al menos en alguna medida el fondo de la cuestión relativa a la validez del hecho del Estado extranjero. Si en una situación similar se aplica la doctrina de «no justiciabilidad», el tribunal no examina en modo alguno el fondo de la cuestión¹³⁸. No obstante, puede considerarse que ambas doctrinas son muy similares, en especial si el tribunal, aplicando la doctrina de los «hechos de los Estados», se niega a emitir una decisión sobre la validez de la ley del Estado extranjero, como ocurre, por ejemplo, en los tribunales de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el fallo emitido en 1962 en la causa *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, el juez Waterman señaló:

En breves palabras, la doctrina de los hechos de los Estados establece que los tribunales estadounidenses no deben pronunciarse sobre la validez de los hechos de gobiernos extranjeros realizados en su calidad de soberanos dentro de sus propios territorios. [...] Esta doctrina es una de las normas de conflicto de leyes aplicadas por los tribunales estadounidenses; no es como tal una norma del derecho internacional. [...] La doctrina de los hechos de los Estados se deriva del concepto de la inmunidad del soberano porque «el soberano es infalible»¹³⁹.

¹³⁶ «La doctrina de los actos de Estado se ha aplicado en los Estados Unidos fundamentalmente en el ámbito de las expropiaciones extranjeras en las que se alega que un acto gubernamental ha violado las normas de derecho internacional aplicables» (Fonteyne, «Acts of State», pág. 17).

¹³⁷ *Loc. cit.*, pág. 364.

¹³⁸ En la causa *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer* [1982], Lord Wilberfords señaló: «existe en el derecho inglés un principio más general según el cual los tribunales no deben enjuiciar las transacciones de los Estados soberanos extranjeros. Aunque preferiría evitar un debate sobre terminología, se me antoja deseable considerar que, de existir, este principio no sería una variedad del de los ‘actos de Estado’ sino un principio de restricción o abstención judicial» (ILR, vol. 64, pág. 344).

¹³⁹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 6 de julio de 1962, 307 F 2d 845, decisión reproducida en AJIL, vol. 56 (1962), págs. 1090 y 1091. Como señala Denza, «[s]ería más adecuado que los términos ‘acto de Estado’ y ‘no justiciabilidad’ se sustituyeran por una moderna ‘doctrina del tribunal apropiado’, paralela a la doctrina del *forum non conveniens* en derecho internacional privado» («*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?», págs. 957 y 958).

¹³⁰ *Loc. cit.*, pág. 64.

¹³¹ *Loc. cit.*, pág. 384.

¹³² «Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations», pág. 390.

¹³³ «La no justiciabilidad impide que un tribunal nacional conozca de determinados asuntos, especialmente las relaciones internacionales entre Estados, debido a la falta de normas judiciales o de funcionamiento a las que atenerse en su decisión» (Fox, *loc. cit.*, pág. 364).

¹³⁴ *Loc. cit.*, pág. 198.

¹³⁵ *Ibid.*, págs. 198 y 199.

76. En este último fallo es notable la mención directa a la relación entre el concepto de «hecho de un Estado» y el de inmunidad¹⁴⁰. La similitud entre estas dos concepciones es especialmente patente cuando se examina la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado respecto de hechos realizados por éstos en calidad oficial. Sin embargo, se observan también diferencias sustanciales entre la inmunidad y la doctrina de los «hechos de los Estados»:

La ley de la inmunidad soberana se dirige a la jurisdicción del tribunal. La doctrina de los hechos de los Estados no es jurisdiccional. [...] Más bien es una doctrina caracterizada por la prudencia y concebida para evitar acciones judiciales en esferas delicadas. La inmunidad soberana es un principio del derecho internacional reconocido en la legislación de los Estados Unidos. Son los propios Estados, como demandados, los que pueden reclamar la inmunidad soberana. La doctrina de los hechos de los Estados es un principio de derecho interno derivado de una función peculiar de los tribunales estadounidenses. La doctrina reconoce no sólo la soberanía de los Estados extranjeros, sino también los ámbitos de competencia de los poderes de nuestro Gobierno, que son iguales entre sí¹⁴¹.

77. Cabe señalar también que las doctrinas de los «hechos de los Estados» y de la «no justiciabilidad», a diferencia de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, son aplicables solamente en los tribunales, y por consiguiente, pueden sólo limitar la jurisdicción judicial, pero no la jurisdicción ejecutiva del Estado extranjero. No constituyen una protección frente a la jurisdicción penal (las acciones procesales penales) de un Estado extranjero en la fase prejudicial¹⁴².

7. INMUNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS *RATIONE PERSONAE* E INMUNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS *RATIONE MATERIAE*

78. Por lo general se distinguen dos componentes de la inmunidad de los funcionarios del Estado: la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*¹⁴³.

¹⁴⁰ Por ejemplo, la similitud de las dos concepciones se observa en el fallo del Tribunal de Apelaciones en la causa *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) et al.*: «La doctrina de la inmunidad soberana es similar a la de los actos de Estado en la medida en que también representa la necesidad de respetar la soberanía de Estados extranjeros» (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 6 de julio de 1981 (enmendado el 24 de agosto de 1981), 649 F 2nd 1354, 1359; reproducido en ILR, vol. 66, pág. 418).

¹⁴¹ *Ibid.* En esa interpretación, al parecer, la doctrina de los «actos de Estado» es similar a la doctrina de la «no justiciabilidad» y a la doctrina de la «cuestión política». Esto último se observa en el fallo que acaba de citarse: «La doctrina de los actos de Estado es similar a la doctrina de la cuestión política en el derecho interno. Exige que los tribunales dejen paso a los poderes legislativo y ejecutivo cuando esos poderes están en mejores condiciones de resolver una cuestión políticamente sensible» (*ibid.*, pág. 417).

¹⁴² Sobre los pormenores de las similitudes y diferencias entre la inmunidad, y las doctrinas de los «actos de Estado» y la «no justiciabilidad», véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, págs. 320 y 321; Fox, *op. cit.*, págs. 477 a 502; Meagher «Act of State and Sovereign Immunity: The *Marcos* Cases»; Van Panhuys, «In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities»; Parseghian «Defining the 'public act' requirement in the act of State doctrine»; Stern, *op. cit.*, págs. 63 a 87; y Zander, «The act of State doctrine».

¹⁴³ Sobre estos dos tipos de inmunidad se trató en detalle, por ejemplo, en la causa *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), págs. 580 y ss., en esp., págs. 592, 600, 601, 605, 606, 644, 645 y otras. La existencia de estos dos tipos de inmunidad también fue reconocida por Francia y Djibouti durante las audiencias de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, documentos CR 2008/3, párr. 15, párr. 23 y CR 2008/5, págs. 50 y 51, párrs. 75 a 77. Estos dos

La inmunidad *ratione personae* o inmunidad personal se deriva de la condición y del cargo que la persona ocupa al servicio del Estado, y por consiguiente, de las funciones estatales que debe cumplir en el desempeño de ese cargo. Disfrutaban de este tipo de inmunidad de jurisdicción penal extranjera los funcionarios que ocupan altos cargos del Estado, incluidos los de más alto nivel¹⁴⁴, así como los agentes diplomáticos acreditados en el Estado de acogida (de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas)¹⁴⁵. Evidentemente la inmunidad *ratione personae*, es el tipo de inmunidad más antiguo. Los jefes de Estado disfrutaban y disfrutaban de ella en la actualidad. Se consideraba que el jefe de Estado era el portador de la soberanía, se le identificaba con el propio Estado y se entendía que lo personificaba. De ello se derivaba su inmunidad absoluta, que se aplicaba también al Estado. Con el paso del tiempo la inmunidad del Estado y del jefe de Estado comenzaron a enfocarse por separado; sin embargo, hasta el día de hoy se reconoce universalmente la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado.

79. La inmunidad *ratione personae* se aplica a los hechos de un funcionario del Estado realizados a título oficial y personal tanto antes de asumir sus funciones, como durante su desempeño. Como está relacionada con un cargo del Estado, tiene carácter temporal, surge cuando la persona asume el cargo y termina cuando cesa en él.

80. Los funcionarios del Estado disfrutaban de inmunidad *ratione materiae* con independencia del nivel del cargo que desempeñan, y dado que cumplen funciones oficiales del Estado. La inmunidad *ratione materiae* a veces se denomina también inmunidad funcional. Ese tipo de inmunidad se aplica solamente a los hechos realizados por el funcionario del Estado a título oficial, es decir, en el desempeño de funciones estatales. Por consiguiente, no se aplica a los realizados a título personal. Cuando la persona cesa en esas funciones, sigue gozando de inmunidad

tipos de inmunidad se mencionan en los comentarios de la Comisión sobre el inciso v) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 18 y 19). Véase también, por ejemplo, Cassese, *International criminal law*, 265 a 273; Day, «Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the I.C.J. got Belgium v. Congo wrong», págs. 489 y 493; Frulli, «The question of Charles Taylor's immunity. Still in search of balanced application of personal immunities?», págs. 1125 y 1126; Wirth, *loc. cit.*, págs. 882 y 883; Summers, «Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court», pág. 464; Toner, *loc. cit.*, pág. 902; Borghi, *op. cit.*, págs. 53 a 56; Barker, «The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet*», págs. 939 a 944; Simbeye, *op. cit.*, págs. 109 a 111 y 123; Hamid, Sein y Kadouf, «Immunity versus International Crimes: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* Cases», págs. 510 y 511.

¹⁴⁴ La cuestión de la posibilidad y el modo de determinar cuáles son los altos funcionarios que, a diferencia de los demás, gozan de inmunidad personal, se examinará en la sección dedicada al grupo de personas que abarca el tema.

¹⁴⁵ También pueden disfrutar de esa inmunidad, de conformidad con los tratados internacionales, otros funcionarios, por ejemplo, los representantes del Estado que envía la misión especial (de conformidad con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales).

ratione materiae en relación con los hechos realizados a título oficial durante el ejercicio del cargo¹⁴⁶.

81. De ese modo, de acuerdo con la tipología de la inmunidad mencionada, algunos funcionarios del Estado (no queda claro quiénes integran ese grupo) disfrutaban de inmunidad *ratione personae*, y de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción extranjera, y todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae*¹⁴⁷.

82. En el caso de los funcionarios en ejercicio que desempeñan altos cargos estatales es difícil establecer la frontera entre los dos tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado mencionados. En esencia, la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y algunos altos funcionarios absorbe la inmunidad *ratione materiae*. Por tal razón, en ocasiones, a fin de distinguir con más precisión los dos tipos de inmunidad en relación con los altos funcionarios, se dice que la inmunidad *ratione personae* se aplica solamente a los hechos que han realizado a título personal (los realizados por el alto funcionario a título oficial están amparados por la inmunidad *ratione materiae*, independientemente de si el funcionario se mantiene o no en ejercicio)¹⁴⁸.

83. La división de la inmunidad de los funcionarios en inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* y la utilización de esos términos es conveniente para los análisis que se realizan en estudios sobre la inmunidad y en el proceso de demostración de la inmunidad de

¹⁴⁶ Naturalmente, cabe preguntarse cuáles son las acciones consideradas «oficiales» y cuáles no. La respuesta a esta pregunta tiene importancia primordial para determinar el alcance y los límites de la inmunidad. Esta cuestión se examinará en la sección relativa al alcance de la inmunidad.

¹⁴⁷ A veces la inmunidad *ratione personae* se denomina inmunidad procesal, y la inmunidad *ratione materiae*, inmunidad sustantiva. Por ejemplo, Cassese considera que la inmunidad *ratione materiae* «se refiere al derecho sustantivo, esto es, es un medio de defensa sustantivo», mientras que la inmunidad *ratione personae* «tiene que ver con el derecho procesal, es decir, hace que el funcionario del Estado sea inmune frente a la jurisdicción civil o penal (es un medio de defensa procesal)» (*International criminal law*, pág. 266). Al mismo tiempo, este autor admite que «si el funcionario del Estado que actúa en el extranjero vulnera las normas penales del Estado extranjero, puede incurrir en responsabilidad penal y ser responsable frente a la jurisdicción penal extranjera» (ibíd., nota 6). Koller tiene una opinión similar («Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court», págs. 25 y 26). Véase también, Day, *op. cit.*, pág. 490; Frulli, *loc. cit.*, págs. 1125 y 1126. En esas opiniones basaron sus planteamientos los demandantes en la causa *Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610*, Corte Suprema de los Estados Unidos, petición de auto de avocación, pág. 7. Sin embargo, parece que debido a los motivos antes expuestos, en cualquier caso la inmunidad tiene carácter procesal. Puede señalarse como argumento adicional la opinión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona: «La cuestión de la inmunidad soberana es una cuestión procesal», *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 27.

¹⁴⁸ Véanse, por ejemplo, los comentarios al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes: «Aparte de las inmunidades *ratione materiae* por razón de actividades o de funciones oficiales de los representantes, los soberanos y los embajadores son personalmente acreedores, hasta cierto punto por derecho propio, a inmunidades *ratione personae* con respecto a su persona o a sus actividades personales que no guardan relación alguna con sus funciones oficiales» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19 del comentario al artículo 2).

funcionarios del Estado¹⁴⁹. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto esa división es necesaria para la reglamentación jurídica de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ no utilizó esa tipología, y por ende, no empleó los términos «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*». La Corte examinó la cuestión de si el ministro de relaciones exteriores poseía o no inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en función de si en el período en cuestión se encontraba en el ejercicio del cargo o ya no lo desempeñaba, y de si los hechos se habían realizado a título oficial o a título personal¹⁵⁰. Tampoco se utilizó esta tipología en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en la Convención sobre las Misiones Especiales, ni en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. Asimismo, no se utilizan los conceptos de inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en la resolución del Instituto de Derecho Internacional¹⁵¹.

8. FUNDAMENTOS DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

84. Cómo se fundamenta la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede influir en la cuestión del círculo de personas que se benefician de la inmunidad y del alcance de su inmunidad. En los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales se explican los motivos del otorgamiento de inmunidad a los respectivos beneficiarios¹⁵².

85. En el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas se indica, entre otras cosas, que

tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.

¹⁴⁹ Esta tipología se utilizó para fundamentar si el funcionario poseía inmunidad o no, por ejemplo, en las causas *Pinochet n.º 1* y *n.º 3* (véase nota 65 *supra*), y *Jones n.º 1* (nota 104 *supra*) y *n.º 2* (nota 71 *supra*).

¹⁵⁰ Véase *C.I.J. Recueil 2002*, párrs. 54, 55 y 61.

¹⁵¹ En la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, esta tipología de la inmunidad está presente de manera a la vez expresa e implícita: en el párrafo 2 del artículo 3 se señala que la Convención se entenderá sin perjuicio de las inmunidades *ratione personae* de los jefes de Estado. La inmunidad *ratione materiae* no se menciona directamente, pero del enunciado del artículo 1 citado (relativo a la aplicación de la Convención a la inmunidad del Estado) y del inciso iv) del apartado b del párrafo 1 del artículo 2 (del que se infiere que el concepto de Estado incluye a sus representantes que se encuentran en el ejercicio de sus funciones) se desprende que esa cuestión se reglamenta precisamente en la Convención.

¹⁵² En el preámbulo de la resolución del Instituto se aclaran los motivos de la necesidad de otorgar un trato especial a los jefes de Estado y de gobierno y de concederles inmunidad de jurisdicción extranjera, en los términos siguientes: «al jefe de Estado o jefe de gobierno se otorgará, como representante de ese Estado y no a título personal, un trato especial necesario para que pueda ejercer sus funciones y desempeñar sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en el mejor interés del Estado o el gobierno de que es jefe y de la comunidad internacional en su conjunto» (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), pág. 743).

En los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales hay pronunciamientos análogos¹⁵³. En el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la concesión de inmunidad a los ministros de relaciones exteriores se fundamenta prácticamente de la misma manera:

En el derecho internacional consuetudinario, las inmunidades reconocidas a los ministros de relaciones exteriores no se reconocen en su beneficio personal, sino para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos¹⁵⁴.

86. Los comentaristas destacan habitualmente que, en su fallo, la CIJ fundamentó la inmunidad del ministro de relaciones exteriores con una referencia a la imprescindibilidad funcional¹⁵⁵. Se hace caso omiso así de la parte en que la Corte dice que las inmunidades se conceden a los ministros de relaciones exteriores para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones «en nombre de sus Estados respectivos». Como ya se señaló, la Corte justifica la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores con fundamentos similares a los usados para justificar las inmunidades en las Convenciones arriba mencionadas. Sin embargo, en esta fundamentación de la inmunidad que se hace en los acuerdos, las expresiones «que representan a los Estados», «en nombre de sus Estados respectivos» y «que representan al Estado» se incluyeron *ex profeso*, para subrayar que la inmunidad no se concede simplemente para asegurar el desempeño de las funciones, como tales, de los agentes diplomáticos y consulares, sino porque las funciones son desempeñadas, respectivamente, por las representaciones diplomáticas, los establecimientos consulares y las misiones especiales precisamente en representación de un Estado y actuando en su nombre¹⁵⁶. Parecería que de la misma manera es necesario interpretar las palabras «en nombre de sus Estados respectivos» en el pasaje mencionado del fallo de la CIJ.

87. Las formulaciones citadas de esos instrumentos reflejan dos teorías básicas que explican las razones para

¹⁵³ En el quinto párrafo preambular de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se indica que «la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos». En el séptimo párrafo preambular de la Convención sobre las Misiones Especiales se dice: «el objeto de los privilegios e inmunidades relativos a las misiones especiales no es favorecer a individuos sino garantizar el desempeño eficaz de las funciones de éstas en cuanto misiones que tienen carácter representativo del Estado».

¹⁵⁴ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 21, párr. 53.

¹⁵⁵ Así pues, según Cassese, la Corte «inferió lógicamente de la fundamentación de las normas relativas a las inmunidades personales de los altos funcionarios del Estado, como los jefes de Estado y gobierno o los agentes diplomáticos, que forzosamente dichas inmunidades debían prevenir cualquier perjuicio al 'desempeño eficaz de sus funciones'» («When may senior state officials be tried for international crimes? some comments on *Congo v. Belgium Case*», pág. 855). Como señala Koller, «[l]a Corte sostuvo que esas funciones entrañaban la necesidad de que el ministro de relaciones exteriores recibiera inmunidad absoluta de la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros, incluso cuando realizara visitas privadas a dichos Estados» (*loc. cit.*, pág. 11). Según Sassoli «[l]a Corte precisa las funciones de un ministro de relaciones exteriores en las relaciones internacionales, y concluye que durante todo el período en que se encuentra en ejercicio dicho funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad totales en el extranjero» («L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», pág. 797).

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, págs. 11 y 12.

conceder inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios del Estado: la teoría de la «imprescindibilidad funcional» y la teoría de la «representación del Estado»¹⁵⁷. Como se señaló en los comentarios de la Comisión sobre el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la teoría del «carácter representativo» fundamentaba la inmunidad diplomática en la idea de que la misión diplomática personifica al Estado acreditante y la del «interés de la función» en que la inmunidad es imprescindible para que la misión diplomática pueda cumplir sus funciones. En relación con ello, la Comisión señaló que se había basado en la teoría del interés de la función para resolver los problemas respecto de los cuales la práctica no proporcionaba orientaciones precisas, aunque también había tenido presente el carácter representativo del jefe de la misión y de la propia misión¹⁵⁸. Es así que en los fundamentos de la inmunidad presentados en relación con la codificación de las normas del derecho internacional en las convenciones indicadas, se pueden hallar huellas de las dos construcciones teóricas mencionadas. Ninguna de ellas se ha aplicado en su estado puro. Lo mismo puede decirse, teniendo en cuenta lo antedicho, del fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁵⁹.

88. Como señaló la Comisión en sus comentarios sobre el inciso v) del apartado b del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, las inmunidades *ratione materiae* se conceden «por razón de actividades o de funciones oficiales de los representantes»¹⁶⁰ del Estado. Los funcionarios de un Estado que actúan con carácter oficial realizan actos del Estado. En otras palabras, el Estado actúa a través de sus representantes, cuando éstos actúan con ese carácter. En relación con ello, la Comisión señaló:

Las acciones promovidas contra [...] representantes o agentes de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan. El Estado extranjero, al actuar por conducto de sus representantes, goza de inmunidad *ratione materiae*. Las inmunidades comprendidas en la categoría de inmunidades *ratione materiae* se otorgan en beneficio del Estado¹⁶¹.

De igual manera que los actos realizados por los funcionarios de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales son en realidad actos del mismo Estado, así también la inmunidad de que gozan en relación con esos actos es en realidad la inmunidad del Estado. El motivo de que la inmunidad en relación con actos ejecutados en el ejercicio de funciones oficiales subsista después de que la persona

¹⁵⁷ La tercera teoría básica al respecto —la teoría de la extraterritorialidad, según la cual la presencia del soberano, el embajador o la misión diplomática en el Estado receptor extiende de cierta manera el territorio del Estado que éstos representan al lugar donde se encuentran en el Estado receptor— hace tiempo que ha dejado de existir y aplicarse. Para más detalles, véase Strisower, «L'exterritorialité et ses principales applications».

¹⁵⁸ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 102. Para más detalles sobre las teorías que explican la inmunidad de los funcionarios del Estado, véanse, Borghi, *op. cit.*, págs. 42 a 57; y Sucharitkul, *loc. cit.*, págs. 115 a 121.

¹⁵⁹ Señalemos que si, aplicando la teoría funcional, se parte del supuesto de que la inmunidad es imprescindible para que el funcionario del Estado desempeñe sus funciones no en términos generales sino precisamente en representación del Estado o en nombre del Estado, las diferencias entre ambas teorías dejan por completo de ser evidentes.

¹⁶⁰ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

¹⁶¹ *Ibid.*, págs. 18 y 19, párr. 18.

de que se trate haya dejado la administración pública es que se trata en realidad de una inmunidad del Estado. Precisamente,

[l]a inmunidad del Estado subsiste después de terminada la misión o función del representante de que se trate. Ello se debe a que la inmunidad de que se trata no sólo pertenece al Estado, sino que se basa además en el carácter soberano u oficial de las actividades, precisamente por ser inmunidad *ratione materiae*¹⁶².

Parecería que ello es así para la inmunidad de jurisdicción tanto civil como penal¹⁶³.

89. ¿Significa entonces que el hecho de atribuir al Estado la actuación ilícita y criminal de un funcionario de Estado, es decir, de una persona, hace imposible atribuir simultáneamente esa actuación a la misma persona? Parecería ser que no. No se trata de atribuir exclusivamente la actuación del funcionario de Estado en ejercicio de sus funciones oficiales al mismo Estado¹⁶⁴. Si la actuación ilícita del funcionario en carácter oficial se atribuyera sólo al Estado al que presta servicio esa persona, jamás se plantearía la cuestión de la responsabilidad penal de la persona. Sin embargo, la situación es distinta. Si el Estado renuncia a la inmunidad de que goza la persona,

¹⁶² *Ibíd.*, pág. 19, párr. 18.

¹⁶³ Entre los ejemplos más recientes de semejante fundamentación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, señalemos el debate entre el consejero de Djibouti, L. Condorelli, y el consejero de Francia, A. Pellet, durante las vistas orales celebradas en la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia). L. Condorelli fundamentó la inmunidad del Fiscal General y del Jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti de la siguiente manera: «Djibouti pide a la Corte que reconozca que un Estado no puede exigir a una persona que posee el estatuto correspondiente a un órgano de otro Estado responsabilidad penal individual por actos cometidos en ejercicio de sus funciones oficiales, es decir en el desempeño de sus obligaciones. De hecho, con arreglo al derecho internacional las acciones de esa índole deben considerarse atribuibles al Estado en cuyo nombre actuó el órgano, y no a la persona que cumple las atribuciones de ese órgano [párr. 24]. El demandado no puede pasar por alto el hecho de que si se consultan los trabajos de expertos prestigiosos que han analizado el asunto, salta a la vista que en su inmensa mayoría comparten una misma opinión. Desde Kelsen y Fox hasta Morelli y Quadri, Dahm, Bothe, Akehurst, Casese y muchos más, todos están convencidos de la existencia de un principio de derecho internacional según el cual los órganos de un Estado disfrutan de inmunidad de la jurisdicción de Estados extranjeros en relación con los actos realizados en el desempeño de esa función» (CIJ, CR 2008/3, 22 de enero de 2008, 15 horas, párrs. 23 y 24). Pellet no objetó como tal el principio expuesto por Condorelli. Pellet señaló: «al desempeñar sus funciones oficiales, los órganos del Estado no lo hacen bajo su responsabilidad, sino bajo la del Estado; por consiguiente sus actos disfrutan de las inmunidades del Estado» (CR 2008/5, 25 de enero, 10 horas, párrs. 74 y 75). El consejero de Francia no estuvo de acuerdo con la manera en que, según su oponente, se realizaba este principio (*ibíd.*, párrs. 76 y 77).

¹⁶⁴ En la causa *Blaškić* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que «los funcionarios eran meros instrumentos de un Estado y su actividad oficial sólo podía atribuirse al Estado» (*Prosecutor v. Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo sobre la solicitud de Croacia de que se revisara la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 38). Parecería que esta aseveración refuta la tesis expuesta en el texto. Sin embargo, más adelante en el fallo del Tribunal se dice que «todo Estado tiene derecho a exigir que los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos en ejercicio de sus funciones oficiales se atribuya al Estado, de manera que no pueda exigirse responsabilidad al órgano en cuestión por esos actos o transacciones» (*ibíd.*, párr. 41). Parecería que de esta manera el Tribunal en realidad dice que el Estado tiene derecho a exigir que los actos de su funcionario en carácter oficial se consideren actos del mismo Estado, pero no excluye la posibilidad de que esos actos se atribuyan no sólo al Estado, sino también al funcionario, si el Estado de que se trate no insiste en lo contrario.

en ella recaerá la responsabilidad penal de los actos que sean propios (naturalmente, el solo hecho de la renuncia a la inmunidad no es suficiente para que surja la responsabilidad, pero hace posible el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera en relación con la persona de que se trate en todo su alcance, incluida la determinación y aplicación de medidas de responsabilidad penal). La inmunidad *ratione materiae* de que goza el funcionario dimana de que los actos tienen carácter oficial, se atribuyen al Estado en cuyo nombre actúa la persona, pero no excluye la posibilidad de que simultáneamente esos actos se atribuyan a la persona misma¹⁶⁵. La inmunidad no cambia nada en las condiciones sustantivas cuya presencia es imprescindible para la responsabilidad penal de la persona que goza de inmunidad. Este hecho, además, parece ser otra prueba de la naturaleza procesal, y no sustantiva, de la inmunidad *ratione materiae*.

90. La inmunidad *ratione personae* también tiene un fundamento mixto «funcional-representativo»¹⁶⁶. Como se ha señalado, gozan de inmunidad *ratione personae* solamente las personas que ocupan los cargos supremos o altos cargos del Estado, y esa inmunidad está directamente relacionada con el cargo. Con frecuencia, al fundamentar con argumentos funcionales la inmunidad *ratione personae* se señala que esa inmunidad se concede a personas que ocupan no sólo los cargos supremos o altos cargos de un Estado, sino sólo aquellos cargos que están necesariamente relacionados con el ejercicio de la función de representación del Estado en las relaciones internacionales¹⁶⁷. Aquí, sin embargo, surge el siguiente interrogante: ¿Únicamente con el argumento de la necesidad de desempeñar funciones de representación del Estado en las relaciones internacionales se puede fundamentar la inmunidad personal? ¿Y si se trata, por ejemplo, del ministro

¹⁶⁵ Como señala Verhoeven («Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 68), «[q]ue un acto sea imputable al Estado en virtud del derecho internacional no significa de por sí que a la persona por cuyo intermedio se realizó dicho acto no se le exija responsabilidad ante una autoridad extranjera sobre la base del derecho nacional. Precisamente por esa razón algunos 'órganos' disfrutan de inmunidades». Señalemos también, aunque no se trate de una cuestión comprendida en el ámbito del tema que se examina, que la renuncia a la inmunidad de que goza un funcionario no altera la situación con respecto a la atribución de los actos al Estado que ha renunciado a la inmunidad. Los actos continuarán atribuyéndose no solo a la persona que los ha ejecutado, sino también a ese Estado. Por ello, junto con la aplicación de la responsabilidad del funcionario, es decir, de la persona de que se trate, en caso de renuncia a la inmunidad por el Estado, se mantienen los fundamentos para plantear la cuestión de la responsabilidad del propio Estado por esos actos.

¹⁶⁶ Como señaló un tribunal en la causa *Tachiona v. Mugabe*, «[c]ualquier forma de compulsión jurídica directa contra un líder o un diplomático de un Estado extranjero no sólo crea obstáculos para el desempeño de las funciones del funcionario extranjero, sino que constituye también una afrenta a la persona y la dignidad del mandatario y al Estado extranjero acreditante» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 30 de octubre de 2001). Otro tribunal señaló también que «[e]l derecho internacional público consuetudinario otorga privilegios *ratione personae* de esa índole a los jefes de Estado tanto por las funciones que realizan y porque simbolizan la soberanía, como por su carácter representativo en las relaciones entre Estados» (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal de Suiza, 2 de noviembre de 1989, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496, véase también ILR, vol. 102, pág. 201).

¹⁶⁷ «[L]as funciones que deben tomarse en consideración son las de naturaleza internacional, es decir, las que implican necesariamente una relación con otro u otros Estados (sujetos de derecho internacional)» (Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 89).

de defensa? Este alto cargo cumple habitualmente funciones de representación del Estado en las relaciones internacionales. Sin embargo, su actividad se lleva a cabo principalmente dentro del país. Además, está orientada directamente a garantizar la soberanía y seguridad de su Estado. ¿No sería también lógico, en relación con ello, fundamentar la inmunidad *ratione personae* en el hecho de que la persona de que se trata ocupa el cargo supremo o un alto cargo del Estado en el que desempeña funciones sumamente importantes para garantizar la soberanía del Estado?

91. Pese a la popularidad de la teoría de la necesidad funcional, la inmunidad del jefe de Estado, por ejemplo, se fundamenta a menudo aduciendo que el jefe de Estado personifica al Estado mismo, es decir, con la teoría representativa. Esta fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado se vio con especial claridad en la causa *Pinochet*¹⁶⁸. Por otra parte, en los fallos judiciales también hay ejemplos de una fundamentación más «funcional» de la inmunidad del jefe de Estado. Por ejemplo, en los fallos de tribunales de los Estados Unidos en las causas *In re Grand Jury Proceedings* y *Lafontant v. Aristide*¹⁶⁹ se señalaba que la inmunidad del jefe de Estado es necesaria para garantizarle la posibilidad de desempeñar libremente sus funciones públicas.

92. La fundamentación principalmente funcional de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores hecha

¹⁶⁸ Véase *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 580. Lord Millet: «la inmunidad de que goza el jefe de Estado en ejercicio obedece a su estatuto especial como titular del puesto supremo de su Estado. Se considera que el jefe de Estado es su personificación. Sería una afrenta a la dignidad y la soberanía del Estado que personifica y una negación del principio de igualdad de los Estados soberanos que se le sometiera a la jurisdicción de los tribunales nacionales de otro Estado, ya sea respecto de sus actos públicos o de sus asuntos privados» (pág. 644); Lord Brown-Wilkinson: «Constituye un principio básico del derecho internacional que un Estado soberano (el Estado de la jurisdicción) no somete a juicio la conducta de un Estado extranjero. El Estado extranjero tiene derecho a inmunidad procesal respecto del Estado de la jurisdicción. Esta inmunidad se aplica a la responsabilidad penal y civil. Probablemente la inmunidad del Estado evolucionó a partir de la inmunidad con que históricamente estaba investida la persona del monarca. En todo caso, esa inmunidad personal del jefe de Estado persiste en la actualidad; el jefe de Estado tiene derecho a la misma inmunidad que el propio Estado. [...] La inmunidad de que disfruta un jefe de Estado en el poder [...] es una inmunidad completa inherente a la persona del jefe de Estado [...] y que lo ampara contra toda acción y proceso relacionados o no con actividades realizadas en beneficio del Estado. Se afirma que dicha inmunidad se otorga *ratione personae*» (pág. 592); Lord Goff of Chieveley: «El principio de la inmunidad del Estado se expresa en la máxima latina *par in parem non habet imperium*, según la cual un soberano no somete a juicio la conducta de otro. Este principio se aplica entre los Estados, y el jefe de Estado tiene la misma inmunidad que el propio Estado» (pág. 598).

¹⁶⁹ «Al igual que la doctrina conexas de la inmunidad del soberano, la razón de ser de la inmunidad del jefe de Estado es fomentar la cortesía entre las naciones, asegurando que los líderes puedan desempeñar sus obligaciones sin estar sujetos a detención, arresto o trabas en el sistema jurídico de un país extranjero.» *In re Grand Jury Proceedings*, Doe n.º 700, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Cuarto circuito, 5 de mayo de 1987, I.L.R., vol. 81, pág. 601 (véase también *United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, 8 de junio de 1990, *ibíd.*, vol. 99, pág. 161). En la causa *Lafontant v. Aristide* el Tribunal de Distrito declaró: «Los jefes de Estado deben tener la posibilidad de desempeñar libremente sus obligaciones en sus países y en el extranjero sin la amenaza de que se les exija responsabilidad civil o penal en un sistema jurídico extranjero», Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Oriental de Nueva York, 27 de enero de 1994, *ibíd.*, vol. 103, pág. 585.

por la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se suele extrapolar a otras personas que gozan de inmunidad *ratione personae*¹⁷⁰. El pretexto para ello lo dio la propia Corte, la cual en el párrafo 51 de su fallo equiparó a los ministros de relaciones exteriores con varios otros altos cargos del Estado, tales como, en particular, el jefe de Estado y el jefe de gobierno¹⁷¹. La inmunidad de que gozan los altos cargos, como los jefes de Estado y de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, los protege de la jurisdicción extranjera no solo en relación con sus actos oficiales, sino también en relación con los actos que hayan ejecutado en su carácter personal. Éstos últimos no pueden atribuirse directamente al Estado. A veces se afirma que los funcionarios de que se trata gozan de inmunidad *ratione personae*, es decir, de inmunidad personal, «hasta cierto punto por derecho propio»¹⁷². Si esta aseveración fuera cierta, solo lo sería, según parece, gracias a las palabras «hasta cierto punto». No es casualidad que, casi inmediatamente después de la frase citada, la Comisión, en sus comentarios sobre el inciso v) del apartado b del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, señalara lo siguiente:

En realidad, esas inmunidades no surten efecto en beneficio personal de los soberanos y los embajadores, sino en beneficio de los Estados a los que representan, para que puedan desempeñar sus funciones de representación y cumplir eficazmente sus obligaciones oficiales¹⁷³.

93. También en la fundamentación funcional de la inmunidad *ratione personae* de los funcionarios correspondientes formulada por la CIJ y la Comisión, parece evidente que existe una relación entre esta inmunidad y el Estado a cuyo servicio se encuentran esos funcionarios. La protección de que disfrutan, incluso respecto de acciones realizadas a título personal y antes de ocupar el cargo, obedece únicamente a la necesidad de asegurar el desempeño de las actividades inherentes a los altos cargos del Estado sin ninguna injerencia extranjera, es decir, la inmunidad los protege sólo en interés del Estado al que prestan servicios. Esta inmunidad se otorga solamente

¹⁷⁰ Según Akande («International Law Immunities and the International Criminal Court», pág. 410), «[c]omo los jefes de Estado, diplomáticos y otros funcionarios a quienes se ha otorgado inmunidad *ratione personae* se verían impedidos de ejercer sus funciones si se les arrestara y detuviera durante su estancia en un Estado extranjero, esos funcionarios disfrutaban de inmunidad absoluta de jurisdicción penal del Estado extranjero». Wirth señala que «de acuerdo con la Corte, la razón de ser de la inmunidad de que disponen los jefes de Estado y ministros de relaciones exteriores es la condición de que puedan desempeñar sus funciones» (*loc. cit.*, pág. 879). Como señala De Smet, «la razón de ser del concepto de inmunidad personal se basa en la necesidad de garantizar el ejercicio sin trabas de las funciones oficiales» («The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice», pág. 319).

¹⁷¹ Sólo cabe suponer cómo se habría fundamentado la inmunidad si se hubiera tratado del jefe de Estado y no del ministro de relaciones exteriores. Señalemos en este sentido la fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado formulada por la Presidenta de la CIJ, Sra. Higgins: «La situación relativa a los jefes de Estado *en ejercicio* es clara en relación con el derecho internacional general. Se considera que el jefe de Estado es la personificación del Estado soberano, y la inmunidad a que tiene derecho depende de su estatuto» (Higgins, «After Pinochet: developments on head of State and ministerial immunities», pág. 12).

¹⁷² *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

¹⁷³ *Ibíd.* No puede dejar de señalarse que esta formulación es muy similar a la citada en el párrafo 85 *supra*, que figura en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de la CIJ (C.I.J. Recueil 2002, párr. 53).

en razón de la gran importancia del cargo ocupado por la persona para el funcionamiento soberano e independiente del Estado. En ese sentido la inmunidad *ratione personae* puede denominarse «personal» de modo meramente convencional.

94. El Estado es la garantía de la inmunidad de jurisdicción extranjera *ratione personae* y *ratione materiae* de los funcionarios¹⁷⁴. Precisamente corresponde al Estado el derecho de rechazar la inmunidad del funcionario, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae* (si se trata de un alto funcionario en ejercicio) o solamente *ratione materiae* (si se trata de cualquier funcionario que cesa en sus funciones al servicio del Estado)¹⁷⁵. En última instancia, la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado pertenece al propio Estado, razón por la cual es el único que tiene derecho a renunciar a ella.

95. Las fundamentaciones de la inmunidad de los funcionarios del Estado desde el punto de vista de las funciones, de la representación o de ambos aspectos son, para denominarlas de algún modo, fundamentaciones indirectas. Un Estado no puede valerse del ejercicio de su jurisdicción penal sobre funcionarios de otro Estado para obstaculizar el desempeño por éstos de sus funciones estatales, inmiscuirse en las actividades relacionadas con dicho desempeño, ni crear obstáculos para la actividad de personas que representan a otro Estado en las relaciones internacionales, pues en esencia se trata de las actividades de otro Estado soberano. Desde hace muchos años las fundamentaciones funcionales, de representación o combinadas se apoyan en los principios básicos de las relaciones interestatales. En los fallos de las causas *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, de 1812, y *The Parlement Belge*, de 1880, la inmunidad, incluso la del Estado, del jefe de Estado y de sus representantes diplomáticos, ya se había fundamentado, no sólo en la cortesía internacional, sino también en los principios de plena igualdad e interdependencia absoluta de los soberanos y los Estados soberanos¹⁷⁶, reflejados en cuanto al ejercicio de la

jurisdicción nacional, en la máxima *par in parem non habet imperium*. En el derecho internacional moderno, esas ideas, que se transformaron en los principios de igualdad soberana de los Estados y no injerencia en los asuntos internos, continúan siendo el fundamento jurídico de la inmunidad penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁷⁷. En la causa *Pinochet* los principios de igualdad soberana de los Estados y *par in parem non habet imperium* se señalaron como fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado¹⁷⁸. En relación con la causa *Blaškić*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia hizo referencia a esos mismos principios cuando examinó si poseía facultades para emitir citaciones a nombre de funcionarios del Estado: «La norma general que se examina está bien establecida en el derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet iudici imperium*)»¹⁷⁹. En el fallo de la causa *Adamov*, al examinar la cuestión relativa a la inmunidad del ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, el Tribunal Federal de Suiza señaló que la inmunidad derivada del derecho internacional estaba llamada a impedir que un Estado limitara la inmunidad de otro y ejerciera jurisdicción sobre sus actos y órganos soberanos¹⁸⁰. Esos principios se reafirman como base de la inmunidad en muchos otros fallos judiciales¹⁸¹, los propios Estados los citan como fundamentación de la inmunidad de sus funcionarios, en

intercambio de los buenos oficios dictados por la cortesía y requeridos por sus necesidades, todos los soberanos han consentido en ejercer con menos severidad, en casos caracterizados por ciertas circunstancias peculiares, la jurisdicción absoluta y completa en los territorios respectivos que se encuentran bajo su soberanía» (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1812, 7 Cranch, pág. 136).

¹⁷⁷ «Las fundamentaciones sustantivas de la inmunidad del Estado en el derecho internacional, como se evidencia en los usos y prácticas de los Estados, podría expresarse en términos de soberanía, independencia, igualdad y dignidad de los Estados. Al parecer todas esas nociones se fusionan y en su conjunto constituyen una firme base jurídica internacional para la inmunidad soberana. Como sugiere el término, la inmunidad 'del Estado' o 'soberana' se deriva del principio de soberanía. [...] Se ha establecido como norma la noción de que entre dos iguales, uno no puede ejercer la voluntad ni el poder soberanos sobre el otro, *par in parem non habet imperium*» (Sucharitkul, *loc. cit.*, pág. 117).

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, la nota 168 *supra*.

¹⁷⁹ *Prosecutor v. Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo sobre la petición de Croacia relativa a la revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 41.

¹⁸⁰ *Evgeny Adamov c. Departamento Federal de Justicia*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II 81, párr. 3.4.2.

¹⁸¹ Por ejemplo, en el fallo *Taylor*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona señaló que el principio de la inmunidad del Estado se derivaba de la igualdad de los Estados soberanos, en virtud de la cual un Estado no puede examinar judicialmente la conducta de otro (Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa N.º SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004, pág. 24, párr. 51). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que «la inmunidad soberana de los Estados es un concepto de derecho internacional, desarrollado a partir del principio *par in parem non habet imperium*, en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro» (fallo de 12 de diciembre de 2002, admisibilidad, *Kalogeropoulos et autres c. Grèce et Allemagne*, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-X, solicitud n.º 59021/00). Véanse también los tres fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictados el 21 de noviembre de 2001 en los casos *Al-Adsani c. Royaume Uni* (ibíd., 2001-XI, solicitud n.º 35763/97); *McElhinney c. Irlande* (solicitud n.º 31253/96, ibíd.) y *Fogarty c. Royaume Uni* (solicitud n.º 37112/97, ibíd.). Con arreglo a la práctica judicial de los Estados Unidos, «la inmunidad del jefe de Estado se basa en la necesidad de que se practique la cortesía entre las naciones y se respete la soberanía de otras naciones» (*In re Grand Jury Proceedings, Doe n.º 700*, 817 F. 2d 1108, 1110, fallo de 5 de mayo de 1987, ILR, vol. 81, págs. 601 y 602).

¹⁷⁴ Lord Saville of Newdigate señaló en la causa *Pinochet*: «esas inmunidades [inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*] no pertenecen a la persona, sino al Estado en cuestión» (*Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 642).

¹⁷⁵ Como se señala en el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, los funcionarios del Estado «dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción extranjera si el Estado que representan o representaban decide renunciar a la inmunidad» (*C.I.J. Recueil* 2002, párr. 61). Respecto de la idea de que únicamente el Estado a cuyo servicio se encuentra el funcionario tiene derecho a renunciar a la inmunidad de que éste disfruta, véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, pág. 335, y Wirth, *loc. cit.*, pág. 882. El principio de que corresponde al Estado el derecho a renunciar a la inmunidad de los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y miembros de misiones especiales figura en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45) y la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41).

¹⁷⁶ En *The Parlement Belge* el juez Brett dijo: «El principio que se infiere de todos estos casos consiste en que, como consecuencia de la independencia absoluta de cada autoridad soberana y de la cortesía internacional, que induce a cada Estado soberano a respetar la independencia y la dignidad de los demás Estados, todos y cada uno renuncian a ejercer por conducto de sus tribunales cualquier jurisdicción territorial sobre la persona de cualquier soberano» (Tribunal de Apelaciones (Reino Unido, 27 de febrero de 1880, *The Law Reports. Probate Division*, vol. 5, pág. 214. En *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, C. J. Marshall afirmó: «En un mundo integrado por soberanías bien definidas, que poseen iguales derechos e independencia, cuyo beneficio mutuo se promueve mediante relaciones de reciprocidad y el

particular en sus alegatos ante los tribunales¹⁸², y tienen gran difusión en la doctrina¹⁸³.

96. Por su parte, las fundamentaciones de derecho internacional de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado citadas anteriormente se sustentan en consideraciones políticas fundamentales para los Estados y la comunidad internacional. El reconocimiento de la inmunidad necesaria para que los Estados y sus representaciones en las relaciones internacionales funcionen normalmente, que se basa en los principios de la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en los asuntos internos, obedece a la necesidad de asegurar que las relaciones interestatales sean estables y previsibles¹⁸⁴. En los fallos judiciales y las posiciones de los Estados, así como en la doctrina, cuando se hace referencia a la necesidad de garantizar la estabilidad en las relaciones entre los Estados como fundamentación de la inmunidad, suelen mencionarse también los principios de derecho internacional señalados. También en los fallos de las causas *The Schooner Exchange v. M'Faddon* y *The Parlement Belge*, los jueces mencionaron la necesidad

¹⁸² En el memorando presentado a la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la República Democrática del Congo se lamentó de la agresión infligida a su soberanía en la persona de un miembro de su Gobierno y expresó la intención de hacer valer un principio esencial para la existencia de relaciones reguladas entre las naciones civilizadas, a saber, el respeto a la inmunidad de las personas encargadas de dirigir esas relaciones (*C.I.J. Mémoires, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*). Con arreglo a la memoria de Djibouti ante la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), las acciones de Francia en relación con el Presidente Ismaël Omar Guelleh, «podrían haberse percibido [...] como una agresión a la integridad y el honor del Jefe de Estado de Djibouti y un atentado a la soberanía de Djibouti» (págs. 20 y 21, párr. 41 de la memoria).

¹⁸³ Rousseau señala que «[l]a excepción de la jurisdicción extranjera se justifica por lo general sobre la base del principio de la independencia del Estado. [...] Sin embargo, puede considerarse también consecuencia del principio de la igualdad entre los Estados [...]; dado que todas las competencias del Estado son iguales jurídicamente, ninguna puede prevalecer sobre las otras, a menos que su acción se base en un instrumento convencional que suponga una excepción al derecho común» (*Droit international public*, págs. 10 y 11). Según Cassese, la inmunidad personal «se basa en la noción de que cualquier actividad de un jefe de Estado o gobierno, agente diplomático o ministro de relaciones exteriores debe tener inmunidad de jurisdicción extranjera, a fin de impedir que los Estados extranjeros infrinjan las prerrogativas soberanas de los Estados o interfieran en las funciones oficiales de sus representantes con el pretexto de que se trata de una actividad exclusivamente privada» (*loc. cit.*, pág. 862). Toner observa que «[l]a importancia de proteger a los Estados contra la interferencia extranjera es la fundamentación política de las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*» (*loc. cit.*, pág. 902). Véase también Bantekas, quien señala que «[e]n su forma más general, la inmunidad salvaguarda la independencia política del Estado en cuestión» («Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war», pág. 32).

¹⁸⁴ Según señala Pierson, «[l]a inmunidad del jefe de Estado se deriva lógicamente de la inmunidad del Estado que, por su parte, se deriva de la condición de igualdad e independencia del Estado-nación. La inmunidad es inherente a la soberanía. La esencia de la soberanía radica en que no haya autoridad superior al Estado (*par in parem non habet imperium*)». Para la «dignidad» de un Estado es ofensivo que se le obligue a someterse a la jurisdicción de otro. Aparte de estas consideraciones teóricas, la justificación práctica de la inmunidad del Estado consiste en que ésta promueve el respeto entre los Estados y contribuye a que las relaciones internacionales funcionen sin dificultad. La reciprocidad es clave. El Estado de la jurisdicción otorga inmunidad a otros Estados, para que éstos, a cambio, respeten la inmunidad del Estado de la jurisdicción («Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», págs. 269 y 270).

de mantener relaciones normales entre los Estados como fundamentación de la inmunidad¹⁸⁵. En la causa *Adamov* se afirmó que

la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y de acción coactiva o ejecutiva de los miembros [en ejercicio] del gobierno tiene por objeto principal mantener la estabilidad política. La inmunidad de procesamiento penal está llamada a impedir que la actividad oficial del funcionario se paralice por acusaciones motivadas por consideraciones políticas¹⁸⁶.

En ese sentido, en el fallo de 2001 en la causa *Tachiona v. Mugabe*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos señaló que

la probabilidad de que se vieran afectadas las relaciones diplomáticas entre los Estados soberanos en cuestión era particularmente alta en los casos [...] que implicaban en esencia estigmatizar a un gobernante extranjero con la ignominia de tener que responder a acusaciones personales de crímenes atroces¹⁸⁷.

Por lo general la necesidad de garantizar la inmunidad se fundamenta desde el punto de vista de la política exterior, por ejemplo, en los alegatos del Departamento de Estado de los Estados Unidos ante tribunales estadounidenses en las vistas de causas sobre inmunidad de funcionarios extranjeros¹⁸⁸.

97. Tomando en consideración lo antes expuesto, puede afirmarse que las fundamentaciones de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado mencionadas están interrelacionadas y son complementarias. Al menos, en muchos casos se utilizan de ese modo por los tribunales, y el poder ejecutivo de los Estados y en la doctrina.

9. INMUNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO E INMUNIDAD DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

98. Son funcionarios del Estado los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales y los representantes del Estado ante las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, gozan

¹⁸⁵ Véase el párrafo 95 *supra*.

¹⁸⁶ Véase la nota 180 *supra*.

¹⁸⁷ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D. N.Y., *Tachiona v. Mugabe*, 30 de octubre de 2001, N.º 00 CIV. 6666(VM), pág. 20.

¹⁸⁸ En el fallo del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en la causa del ex director del Servicio General de Seguridad de Israel, A. Dichter, figura una referencia a la Declaración de motivación del Gobierno de los Estados Unidos: «De hecho, la no adhesión a este consenso internacional entrañaría la amenaza de que se vieran seriamente afectados los intereses de los Estados Unidos, pues induciría a que se hiciera lo mismo en las jurisdicciones extranjeras. Dadas las responsabilidades de los Estados Unidos como líder mundial, sus funcionarios corren el riesgo particular de ser objeto de demandas en el extranjero motivadas por consideraciones políticas, incluidas demandas por daños relacionadas con presuntos crímenes de guerra. La protección que ofrece la inmunidad es un medio fundamental para desalentar esas demandas y prevenir los inconvenientes y las tensiones diplomáticas que conllevarían. Por lo tanto, es fundamental que los tribunales estadounidenses reconozcan la misma inmunidad como protección para los funcionarios extranjeros, ya que cualquier negativa en ese sentido podría provocar que las jurisdicciones extranjeras negaran dicha protección a los funcionarios estadounidenses» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, *Ra'Ed Mohamad Inrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 de mayo de 2007, 500 F. Supp. 2d 284). El texto de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos puede consultarse en el sitio del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

de una condición especial y desempeñan funciones especiales como representantes del Estado en las relaciones con otros Estados y organizaciones internacionales. Esta condición especial y la función que desempeñan estos funcionarios en las relaciones entre los Estados han servido de base para la elaboración de normas especiales que rigen la inmunidad jurisdiccional de esta categoría de funcionarios frente al Estado de acogida. En general, la inmunidad de estas personas se suele denominar inmunidad diplomática y consular, si bien en sentido estricto la inmunidad de cada una de las cuatro categorías de funcionarios antes mencionadas se rige por normas contenidas en distintas fuentes. La inmunidad de los agentes diplomáticos se rige por las normas del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, mientras que la inmunidad de los funcionarios consulares se rige por las normas del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y los convenios consulares bilaterales; la inmunidad de los miembros de misiones especiales se rige por las disposiciones de la Convención sobre las Misiones Especiales¹⁸⁹. Por último, la inmunidad de los representantes del Estado ante las organizaciones internacionales se rige por las disposiciones de los acuerdos sobre privilegios e inmunidades de las organizaciones correspondientes o sobre su sede. Por cuanto las inmunidades de las diferentes categorías de funcionarios del Estado se recogen en acuerdos internacionales, huelga decir que están mucho mejor definidas que las de los demás funcionarios del Estado.

99. Al parecer, se puede afirmar que los funcionarios del Estado que son agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de misiones especiales o representantes ante organizaciones internacionales disfrutan tanto de inmunidades comunes a todos los funcionarios, como de inmunidades especiales que se conceden en el derecho internacional a estas categorías especiales de funcionarios. En circunstancias normales estas personas disfrutan de las inmunidades especiales correspondientes. Sin embargo, se puede dar el caso de que no disfrutan de inmunidades especiales sino de las inmunidades de jurisdicción extranjera y penal propias de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, es posible que un agente diplomático acreditado ante un Estado se dirija al Estado acreditante para participar en actividades que se realizan en el territorio de un tercer Estado. En ese caso, la persona en cuestión no goza de inmunidad diplomática sino de la inmunidad de jurisdicción propia de los funcionarios respecto de ese tercer Estado¹⁹⁰.

¹⁸⁹ La cuestión de si existen o no normas consuetudinarias del derecho internacional que rijan la condición de los miembros de misiones especiales merece un examen más detenido. Como ya se señaló, es pequeño el número de Estados partes en esta Convención. Además, para que los miembros de misiones especiales gocen de la inmunidad prevista en la Convención es necesario que se den una serie de condiciones fijadas en la Convención.

¹⁹⁰ Como señala Wirth, «los diplomáticos y los agentes consulares son funcionarios del Estado, por lo que están protegidos no sólo por la inmunidad diplomática sino también por la inmunidad del Estado (*ratione materiae*). Esta protección es necesaria en relación con terceros Estados que no están vinculados por las normas de la inmunidad diplomática o consular» (*loc. cit.*, págs. 883 y 884).

100. A menudo la inmunidad de los jefes de Estado se equipara a la inmunidad diplomática. A veces de esa manera se resuelve la cuestión sobre la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros de conformidad con la legislación nacional¹⁹¹. En otros casos, son los poderes del Estado que ejercen la jurisdicción los que establecen la analogía entre la inmunidad de los jefes de Estado extranjero y la inmunidad diplomática¹⁹².

101. Ya se ha hecho referencia a la fundamentación desde el punto de vista funcional y representativo de la inmunidad diplomática y consular¹⁹³. En lo que respecta a la fundamentación desde el punto de vista político y del derecho internacional de esas inmunidades, Shaw señala:

Los privilegios e inmunidades relacionados con el personal diplomático de distinto tipo surgieron, en parte, como consecuencia de la inmunidad soberana y la independencia e igualdad de los Estados y, en parte, como un requisito esencial de un sistema internacional. Los Estados deben negociar y celebrar consultas entre sí y con organizaciones internacionales, para lo cual han de disponer de personal diplomático. Comoquiera que esas personas representan a sus Estados de diversas maneras, también se benefician del principio jurídico de la soberanía del Estado¹⁹⁴.

Así pues, la inmunidad diplomática y consular poseen la misma fundamentación que la inmunidad de los funcionarios del Estado¹⁹⁵.

¹⁹¹ Véase el párrafo 37 *supra* sobre la legislación de Australia y el Reino Unido a ese respecto.

¹⁹² Así, en la decisión *Tachiona v. Mugabe*, el Tribunal de Distrito de Nueva York señaló: «el alcance de la protección atribuiría a los jefes de Estado un nivel de inmunidad de jurisdicción territorial que se correspondería como mínimo con el que los tratados y el derecho internacional consuetudinario generalmente aceptado otorgan a los funcionarios diplomáticos y consulares. [...] Como ha observado un tribunal, sería anómalo que los Estados atribuyeran a sus enviados en el exterior privilegios e inmunidades diplomáticos que fueran más allá de la inmunidad que reconocen a los jefes de Estado» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur, Nueva York, 30 de octubre de 2001). Existen ejemplos de solución de la cuestión de la inmunidad de otros altos funcionarios tanto a través del otorgamiento de inmunidad diplomática como de la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Higgins (*loc. cit.*, pág. 15), en particular, describe la siguiente situación: «En cuanto a [...] la inmunidad de los altos funcionarios de todo tipo, es interesante destacar una reciente orden ministerial del Schweizerische Bundesanwaltschaft». Mediante la Orden de 8 de mayo de 2003 se denegó a la Asociación de solidaridad con las víctimas de la guerra contra el Iraq la autorización para interponer una demanda contra George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, Colin Powell, Condoleezza Rice, Bill Clinton, Tony Blair, Jack Straw y otros, por crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En la Orden se disponía, entre otras cosas, que, de no mediar una orden de una corte o un tribunal internacional, el Presidente Bush gozaba de inmunidad absoluta. A continuación, la Orden aludía a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y se basaba en el artículo 31 1) para conceder inmunidad a ministros y 'personalidades de alto nivel', observando que el derecho internacional carece de precisión en cuanto a la situación de las personalidades de alto nivel y que la jurisprudencia está en continua evolución».

¹⁹³ Véanse los párrafos 86 y 87 *supra*.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, págs. 668 y 669.

¹⁹⁵ En última instancia, tras la inmunidad de jurisdicción extranjera de todos los funcionarios del Estado está la inmunidad del propio Estado. A ello se refirió la Comisión en sus comentarios en relación con el proyecto de artículo sobre las inmunidades jurídicas de los Estados y de sus bienes: «El hecho de que las inmunidades de que gozan los representantes del gobierno, cualesquiera que sean sus funciones específicas como agentes diplomáticos, consulares o de otra índole, sean en último término inmunidades del Estado es algo que nunca se ha puesto en duda. Más bien se le ha prestado poca atención» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 18, nota 44).

C. Resumen

102. A modo de resumen de los capítulos I a III del presente informe preliminar cabe formular las siguientes observaciones:

a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario;

b) La jurisdicción y la inmunidad son fenómenos interrelacionados pero diferentes. En el marco del presente tema es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal;

c) La jurisdicción penal del Estado, tanto como todos los demás aspectos de su jurisdicción, se ejerce mediante la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial (lo mismo en el plano legislativo que ejecutivo, si por este último se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la judicial);

d) Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y penal) posee rasgos comunes con la jurisdicción civil, se diferencia de ésta, entre otras cosas, por el hecho de que muchos procedimientos penales alcanzan la fase judicial del proceso jurídico. Por consiguiente, ya en la fase de instrucción reviste una gran importancia la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se

contraponen la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario;

f) La inmunidad de jurisdicción penal es solamente una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial (o exclusivamente ejecutiva, si por esta última se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la penal). Por tanto, es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

g) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado, único titular del derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario;

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.

CAPÍTULO IV

Cuestiones que deberán examinarse para determinar el alcance del tema

A. Límites del tema

103. Al trazar los límites del tema examinado, ante todo, es preciso señalar lo siguiente. En primer lugar, la cuestión abordada se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *penal extranjera* de los funcionarios del Estado. Ello significa que el objeto de análisis en el marco de este tema no son *per se* las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la inmunidad de jurisdicción administrativa o civil nacional. Al parecer, existen diferencias fundamentales entre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal nacional. La jurisdicción penal internacional tiene un carácter jurídico diferente. Su ejercicio es competencia de las cortes y tribunales internacionales. Estas cortes y tribunales se establecen, y por ende, poseen jurisdicción y la ejercen sobre la base de un acuerdo internacional o la decisión de una organización internacional competente, es decir, con arreglo a un mandato conferido por los propios Estados o, como se hizo notar en la decisión del Tribunal Especial

para Sierra Leona en relación con la causa *Charles Taylor*, por la comunidad internacional¹⁹⁶. El principio de la igualdad soberana de los Estados, expresado en la fórmula *par in parem non habet imperium*, que constituye un pilar fundamental del derecho internacional sobre el que se apoya la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, no puede servir de base a la inmunidad de jurisdicción internacional¹⁹⁷. La ausencia de inmunidad

¹⁹⁶ Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa n.º SCSL-2003-01-1, 31 de mayo de 2004, párr. 51.

¹⁹⁷ Aunque no es inmediatamente evidente, un motivo para la distinción, a este respecto, entre tribunales nacionales y tribunales internacionales se desprende del principio de que un Estado soberano no puede enjuiciar la conducta de otro Estado; el principio de la inmunidad del Estado es consecuencia de la igualdad entre Estados soberanos, por lo que no es pertinente para los tribunales penales internacionales, que no son órganos de ningún Estado sino que reciben su mandato de la comunidad internacional (ibíd.). Naturalmente, se habla aquí de aquellos casos en que, de conformidad con los instrumentos constitutivos de la corte o el tribunal internacional correspondiente, existen obligaciones en virtud del derecho internacional que niegan a sus funcionarios

de jurisdicción penal internacional de los funcionarios del Estado de conformidad con los instrumentos del derecho internacional sobre cuya base se ejerce dicha jurisdicción no es motivo para afirmar que, por consiguiente, los funcionarios del Estado tampoco disfrutaban de inmunidad de jurisdicción nacional, ni constituye una prueba de la inexistencia de tal inmunidad. En lo que respecta a la inmunidad de otros tipos de jurisdicción nacional, civil o administrativa, de los funcionarios del Estado, si bien como tales las cuestiones relativas a esa inmunidad no son objeto de examen en el marco del tema que nos ocupa, los ejemplos de su análisis en la práctica de los Estados y la doctrina tienen plena relevancia para el presente tema, por cuanto en derecho internacional es una sola la base en que se apoyan las inmunidades de diferentes tipos de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado.

104. En segundo lugar, la cuestión que se examina es la de la inmunidad de los funcionarios del Estado, basada en el derecho *internacional*. También se puede conceder inmunidad a los funcionarios de otro Estado sobre la base del derecho nacional. No obstante, la concesión de inmunidad con arreglo al derecho nacional es de interés para el tema que nos ocupa sólo si se tiene en cuenta que las disposiciones correspondientes del derecho nacional pueden considerarse una de las pruebas de la existencia de normas del derecho internacional consuetudinario en esa esfera.

105. En tercer lugar, se aborda la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción de otro Estado. Esto significa que en el marco del presente tema el Relator Especial no se propone examinar *per se* las cuestiones relativas a la inmunidad de los funcionarios respecto de la jurisdicción del propio Estado.

B. Alcance por razón de la persona

1. FUNCIONARIOS DE TODAS LAS CATEGORÍAS; DEFINICIÓN DEL CONCEPTO «FUNCIONARIO DEL ESTADO»

106. Existen diversas variantes de definición por razón de las personas cuyas inmunidades cabe examinar en el marco del presente tema y a las que podrían aplicarse los proyectos de principios rectores o los proyectos de artículos que se elaboren como resultado del examen. En particular, y en primer lugar, se podría hablar solamente de las tres categorías de funcionarios directamente mencionadas en el fallo de la CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, y en la Convención sobre las Misiones Especiales, es decir, los jefes de Estado, los jefes de

gobierno y los ministros de relaciones exteriores; en segundo lugar, se podría hablar de todos los altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad en virtud del cargo que ocupan; y en tercer lugar, se podría hablar de todos los funcionarios del Estado, tanto los funcionarios activos como los ex funcionarios. Esta última variante se ajustaría plenamente al tema enunciado y parece preferible.

107. En la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de los tribunales nacionales y en la doctrina se reconoce ampliamente que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales o de inmunidad *ratione materiae*. Como señaló Lord Browne-Wilkinson en la causa *Pinochet n.º 3*:

la inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los ex jefes de Estado y los ex embajadores, sino también a todos los funcionarios del Estado que hayan desempeñado funciones al servicio de ese Estado. Tal inmunidad es necesaria para impedir que la inmunidad del Estado se eluda mediante el enjuiciamiento del funcionario que, por ejemplo, haya realizado materialmente un acto de tortura, cuando la doctrina de la inmunidad del Estado excluya la posibilidad de iniciar acciones contra el jefe del Estado¹⁹⁸.

Los funcionarios del Estado gozan de semejante inmunidad independientemente del nivel del cargo que ocupen. Por ejemplo, en 2006, en la causa *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad del Sr. Ya'alon¹⁹⁹, quien,

¹⁹⁸ *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), págs. 580 y 594. Una fundamentación similar de la necesidad de extender la inmunidad *ratione materiae* a todos los funcionarios del Estado fue formulada por un tribunal británico en el caso *Propend Finance Pty Ltd. v. Sing*: «La protección que otorga a los Estados la Ley de 1978 se vería menoscabada si los empleados, oficiales (o, según la denominación utilizada por una autoridad, los 'funcionarios') pudieran ser demandados a título individual por cuestiones relativas al comportamiento del Estado, en relación con las cuales el Estado al que sirven goza de inmunidad. El artículo 14 1) debe interpretarse en el sentido de que otorga a los empleados u oficiales individuales de un Estado extranjero el mismo tipo de protección que la que reconoce al propio Estado» (Tribunal Superior, Queen's Bench Division, 14 de marzo de 1996, ILR, vol. 11, pág. 611). En la causa *Jones n.º 1*, Lord Phillips observó: «La dignidad de un Estado también puede verse conculcada si quienes son o fueron sus funcionarios son procesados por cuestiones relacionadas con el ejercicio de su cargo ante los tribunales de otro Estado. En tales circunstancias, el Estado puede, por regla general, extender el manto de su propia inmunidad a esos funcionarios. Puede decirse que procesar a esos funcionarios equivale, indirectamente, a procesar al Estado» (párr. 105). Por último, en la causa *Jones n.º 2* (véase la nota 71 *supra*), Lord Bingham de Cornhill señaló la existencia de «abundante material jurídico que indica que, en tal caso, el Estado extranjero está facultado para exigir la inmunidad de sus funcionarios del mismo modo que si fuera él mismo el demandado. El derecho del Estado extranjero a la inmunidad no puede eludirse mediante el recurso de demandar a sus funcionarios o agentes» (párr. 10).

De acuerdo con Wickremasinghe, «conforme a la doctrina de la inmunidad del Estado, otros funcionarios del Estado [distintos de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores] gozan de inmunidad *ratione materiae* por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales en lo que respecta a la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, cuyos procedimientos tendrían como consecuencia desvirtuar o dejar sin efecto la inmunidad del empleador» («Immunities enjoyed by officials of States and international organizations», págs. 409 y 410). Véase también Forcese, «De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity», págs. 127, 138 y 139.

¹⁹⁹ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, 14 de diciembre de 2006, 466 F. Supl. 2.º 127. El tribunal consideró «irrefutable» el hecho de que en el momento del ataque el Sr. Ya'alon desempeñaba funciones oficiales y

(Continuación en la página siguiente.)

el derecho a disfrutar de inmunidad de jurisdicción de dicha corte o tribunal. Al mismo tiempo, el principio de la igualdad soberana puede servir en algunos casos de fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal internacional; por ejemplo, cuando el funcionario de un Estado que no es parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se encuentra en el territorio de un Estado parte en el Estatuto y existe un pedido de remisión del funcionario a la Corte. Como apunta Fox, «la inmunidad del Estado puede servir como impedimento para el procedimiento ante un tribunal internacional, por ejemplo, el Estatuto de Roma [...] establece que un Estado puede no estar obligado a entregar para su enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional a una persona presente en su territorio que, como representante de otro Estado, goce de inmunidad diplomática; no obstante, su importancia radica sobre todo en sus efectos sobre la jurisdicción de un tribunal nacional» («International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States», pág. 363).

al momento de producirse los acontecimientos en relación con los cuales se había interpuesto una demanda contra él, se desempeñaba como jefe del servicio de inteligencia del ejército de Israel, al tiempo que en 2004 la Corte de Casación de Francia reconoció la inmunidad de jurisdicción penal del director del registro marítimo de Malta en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales²⁰⁰.

108. El término «funcionario del Estado» tiene un amplio uso en la práctica, tanto en las decisiones de los tribunales como en la doctrina. No obstante, no existe en el derecho internacional o, por lo menos, en los acuerdos internacionales de aplicación universal, una definición del concepto de «funcionario del Estado». En cuanto a la doctrina, se puede destacar, por ejemplo, la definición formulada por Przetacznik:

Funcionario de un Estado extranjero es toda aquella persona que, conforme a su ordenamiento jurídico, goza de autoridad jurídica para actuar como representante oficial de dicho Estado (un jefe de Estado, un jefe de gobierno, o un ministro de relaciones exteriores) y está autorizado por el Estado que envía para actuar como su representante (un agente diplomático o un diplomático miembro de una misión especial), o para actuar oficialmente en su nombre (un funcionario consular, un diplomático miembro de una misión permanente ante una organización internacional, o un diplomático miembro de una delegación ante una conferencia internacional) en el Estado receptor²⁰¹.

En esta definición la condición de funcionario del Estado, de hecho, se confina a las personas que representan al Estado en las relaciones internacionales. Ahora bien, las funciones oficiales, en relación con las cuales los funcionarios del Estado gozan de inmunidad, no se limitan a la representación. Cabe señalar también a ese respecto otra observación del mismo autor: «El elemento básico de la noción de ‘funcionario de un Estado extranjero’ es que la persona en cuestión debe representar al Estado, actuar oficialmente en su nombre, o ambas cosas a la vez»²⁰². Los funcionarios del Estado actúan en nombre de éste no sólo en la esfera de las relaciones exteriores, sino también en todas las esferas en que el Estado ejerce las prerrogativas de su poder. La facultad de representar al Estado o actuar

(Continuación de la nota 199.)

de que su actuación estuvo condicionada por la necesidad de proteger los intereses del Estado de Israel. Como base para dicha conclusión se utilizó sobre todo una carta dirigida al Subsecretario de Estado de los Estados Unidos para Asuntos Políticos por el Embajador de Israel en ese país, en la que se afirmaba, en particular, que todos los actos del Sr. Ya'alon fueron realizados en el desempeño de sus funciones oficiales y que sus acciones constituían «actos soberanos de Israel, sancionados por el Gobierno de Israel con el objetivo de proteger a sus propios ciudadanos contra actos de terrorismo», así como que «entablar una demanda contra un ex funcionario de Israel equivale a iniciar una causa contra el propio Estado de Israel». Tras determinar que Ya'alon había actuado en cumplimiento de sus funciones oficiales, el tribunal Corte estimó que los actos del funcionario en cuestión podían considerarse actos de un órgano o institución del Estado del tipo a que se hace referencia en la antes mencionada Ley de inmunidades de soberanos extranjeros.

²⁰⁰ Según la Corte de Casación de Francia, «la costumbre internacional que se opone al enjuiciamiento de los Estados ante la jurisdicción penal de un Estado extranjero se extiende a los órganos y entidades que han sido creados por el Estado, así como a sus agentes, por actos que, como en el presente caso, entran dentro del ámbito de la soberanía del Estado en cuestión» (sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Penal, 23 de noviembre de 2004, *Bulletin Criminel* 2004, n.º 292, pág. 1096).

²⁰¹ «Basic Principles of International Law concerning the protection of the officials of foreign States», pág. 52.

²⁰² *Ibid.*

de otra forma en su nombre es conferida a la persona por ese mismo Estado de conformidad con el derecho y la práctica de este último. Además del término «funcionario del Estado» se utilizan los términos «representante del Estado»²⁰³, «agente del Estado»²⁰⁴ y «órgano del Estado»²⁰⁵. Este último término se utiliza en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comprende, según el párrafo 2 del artículo 4, a «toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado»²⁰⁶. En sus comentarios sobre el mencionado artículo, la Comisión destaca que la referencia a un órgano del Estado

[n]o se limita a los órganos de la administración central, ni a los funcionarios de nivel superior, ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía²⁰⁷.

Por cuanto el término «órgano del Estado» abarca a los funcionarios como tales, pero no se confina a éstos, no es recomendable usarlo en función de los objetivos del tema que nos ocupa. En la presente etapa, al menos, podría continuarse utilizando el término «funcionario del Estado». Si en el futuro la Comisión estimara conveniente definir este término o de otro modo revelar su contenido, el enfoque aplicado por ella en la formulación del párrafo 2 del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26] podría ser útil *mutatis mutandis* también en el marco del presente tema.

2. FUNCIONARIOS QUE GOZAN DE INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE*

109. Como ya se señaló, todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera y solamente algunos funcionarios

²⁰³ Véase, por ejemplo, el artículo 2, párr. 1, apdo. b, inc. iv), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En los comentarios, la Comisión indicó que la categoría de representantes del Estado que actúan en calidad de tales abarca a todas las personas físicas facultadas para representar «todas las personas naturales que están autorizadas a representar al Estado en todas sus manifestaciones» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 17 del comentario al inciso v) del apartado b del párrafo 1 del artículo 2).

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 64. Borghi (*op. cit.*) utiliza (incluso en el título de su obra) el término «los dirigentes políticos».

²⁰⁵ El término «órgano del Estado» fue utilizado, por ejemplo, por las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), en referencia al Fiscal General y al Director del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti. En las vistas orales, el consejero de Francia, A. Pellet, convino con el consejero de Djibouti, L. Condorelli, en que «cuando actúan en su condición oficial, los órganos del Estado no generan su propia responsabilidad individual sino la del Estado». Sin embargo, en su opinión, «al margen de algunos órganos o categorías de órganos que pueden contarse con los dedos de una mano (el jefe del Estado, el ministro de relaciones exteriores, el jefe del gobierno y los diplomáticos, en grados que, por lo demás, varían)», queda totalmente excluida la posibilidad de invocar que «personas que revisten la calidad de órgano del Estado, incluso de rango elevado, gocen de inmunidades personales (denominadas *ratione personae*) ni mucho menos comparables a las que el derecho internacional atribuye a los órganos supremos de los Estados» (CIJ, CR 2008/5, audiencia pública, 25 de enero de 2008, párr. 75).

²⁰⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

²⁰⁷ *Ibid.*, pág. 41, párr. 6 del comentario al artículo 4.

disfrutan de inmunidad *ratione personae*. ¿Es posible definir esta categoría de funcionarios? Hasta ahora no se ha logrado. Cabe recordar las dificultades con que tropezó la Comisión durante la elaboración de los proyectos de artículos sobre las misiones especiales, la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales y la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas²⁰⁸.

110. En primer lugar, entre las personas que gozan de inmunidad personal figuran los jefes de Estado. La inmunidad personal de jurisdicción penal de los jefes de Estado está confirmada de la forma más amplia en la práctica y en la doctrina²⁰⁹. No obstante, esta categoría de personas objeto de examen no se limita a los jefes de Estado. Si anteriormente sólo se trataba de la inmunidad personal de los jefes de Estado (y de los embajadores), ahora la categoría de funcionarios que gozan de tal inmunidad se está ampliando²¹⁰. Para ello existen razones objetivas²¹¹.

²⁰⁸ Véanse los párrafos 18 a 20 y 23 *supra*.

²⁰⁹ «Los jefes de Estado [...] disfrutaban de inmunidad jurisdiccional absoluta en todos los Estados extranjeros por todos los actos que normalmente quedarían sujetos a la jurisdicción de esos Estados, sea cual fuere el contexto en que se realicen dichos actos» (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal de Suiza, 2 de noviembre de 1989, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496; véase también ILR, vol. 102, pág. 203). «Los jefes de Estado reconocidos por el Gobierno de los Estados Unidos son absolutamente inmunes a la jurisdicción personal de los tribunales de los Estados Unidos, a no ser que la inmunidad haya sido retirada por ley o por el correspondiente gobierno extranjero reconocido por los Estados Unidos» (*Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, págs. 584 y 585); «La doctrina de la inmunidad de los jefes de Estado, que hunde sus raíces en el derecho internacional consuetudinario, establece que los jefes de Estado no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, al menos en cuanto a los actos oficiales realizados durante el mandato del gobernante en cuestión» (*United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 8 de junio de 1990, ILR, vol. 9, pág. 161). «Considerando que la costumbre internacional se opone a que, salvo que existan disposiciones internacionales en contrario aplicables a las partes de que se trate, los jefes de Estado en ejercicio puedan ser procesados ante los órganos jurisdiccionales penales de un Estado extranjero» (caso *Qadhafi*, sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Penal, 13 de marzo de 2001, *Bulletin criminel*, 2001, n.º 64, pág. 218). «Aunque el derecho internacional evoluciona a lo largo del tiempo, el derecho internacional consuetudinario, tal como se encarna en el *common law*, otorga actualmente inmunidad absoluta a cualquier jefe de Estado» (*Mugabe*, Bow Street, 14 de enero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (julio de 2004), pág. 770).

Según Watts, «[e]n lo que respecta al proceso penal, en general se acepta que la inmunidad del jefe de Estado es absoluta» (*loc. cit.*, pág. 54). Simbeye señala también que: «[u]n jefe de Estado en ejercicio, como titular del más alto cargo y representante de su Estado, goza de inmunidad frente a procesos judiciales ante un tribunal extranjero» (*op. cit.*, pág. 94). Como observa Verhoeven («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 516): «Sean cuales fueren las incertidumbres en torno a la responsabilidad penal de los agentes del Estado, no se discute que el jefe de Estado goza de inmunidad penal absoluta ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero. El carácter absoluto de la inmunidad excluye la posibilidad de invocar excepciones relacionadas, por ejemplo, con la naturaleza de la infracción que se le reprocha o la fecha en que se cometió». Véase también Higgins, *loc. cit.*, págs. 12 y 13.

²¹⁰ «Existe efectivamente una tendencia a ampliar a las 'personalidades de rango elevado', por utilizar la fórmula de la Convención [...] sobre las Misiones Especiales, el beneficio de una protección particular que incluye, en su caso, las inmunidades» (Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 65).

²¹¹ Como señala Toner: «Las realidades políticas modernas bajo las que operan los Estados-nación no permiten seguir distinguiendo de

El carácter y la estructura de la gestión del Estado han cambiado. Las funciones de administrar el Estado, garantizar su soberanía y representarlo en las relaciones internacionales, que anteriormente sólo cumplía el jefe de Estado, actualmente son ejercidas en gran medida por el jefe de gobierno, por otros miembros del gobierno y, principalmente, por el ministro de relaciones exteriores. En muchos países, el jefe de gobierno desempeña un papel más importante en la gestión del Estado que el jefe de Estado. De allí que sea necesario garantizar el máximo grado de independencia y la máxima protección contra toda injerencia de otros Estados, no sólo respecto de las actividades del jefe de Estado, sino también respecto de las de todos los demás funcionarios más importantes del Estado, con el fin de proteger la soberanía del Estado en las relaciones con otros Estados. En primer lugar, junto con los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores han pasado a formar parte de la categoría de funcionarios que gozan de inmunidad personal.

111. Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores forman, por así decirlo, la tríada básica de funcionarios del Estado que gozan de inmunidad personal. De conformidad con el derecho internacional, sólo estas tres categorías de funcionarios se consideran también, en virtud de sus funciones, los representantes del Estado en las relaciones internacionales. Sólo estas personas están autorizadas para celebrar tratados internacionales en nombre del Estado sin tener que presentar plenos poderes (párrafo 7 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados). La condición especial y, por consiguiente, el carácter especial de la inmunidad de los jefes de gobierno y de los ministros de relaciones exteriores, así como la condición especial y la inmunidad de los jefes de Estado, quedan confirmadas por el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales; el artículo 1, párr. 1, apdo. *a*, de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; y el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. Asimismo, la CIJ hace referencia a estos funcionarios, así como a los jefes de Estado, en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* en relación con determinados altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad de jurisdicción extranjera. Cabe recordar que en dicho fallo la Corte señala que:

en el derecho internacional ha quedado firmemente establecido que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, determinados altos funcionarios del Estado, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, gozan en otros Estados de inmunidad de jurisdicción tanto civil como penal²¹².

112. Hay otros ejemplos de reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los jefes de gobierno

forma estricta entre las facultades y las responsabilidades de los ministros del gobierno. Actualmente, los cargos de ministro de relaciones exteriores y otros muchos cargos de alto nivel dentro de los ministerios representan al Estado del mismo modo que el jefe de Estado. Por consiguiente, los motivos para otorgar inmunidad a un jefe de Estado pueden extenderse a otros ministerios en mayor medida de lo que se había reconocido hasta el momento» (*loc. cit.*, págs. 912 y 913).

²¹² *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 20 y 21, párr. 51.

en fallos de tribunales nacionales. Así, en 1988, en la causa *Saltan and Others v. Reagan and Others*, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de jurisdicción de la Primera Ministra del Reino Unido, Margaret Thatcher, conviniendo con la opinión emitida a ese respecto por el Departamento de Estado de los Estados Unidos²¹³. En 2003, un tribunal de casación de Bélgica señaló, en la causa *A. Sharon*, que «la costumbre internacional se opone a que, salvo que existan disposiciones internacionales en contrario aplicables a las partes de que se trate, los jefes de Estado en ejercicio puedan ser procesados ante los órganos jurisdiccionales penales de un Estado extranjero»²¹⁴. De este modo, el tribunal belga, conviniendo con la CIJ, confirmó que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no sólo de los jefes de Estado sino también la de los jefes de gobierno, está basada en el derecho internacional consuetudinario.

113. Es conocido el caso de reconocimiento de la inmunidad de un jefe de gobierno en la etapa de instrucción de un proceso penal en la Federación de Rusia. En 2005 se preveía la visita a la Federación de Rusia de la Primera Ministra de Ucrania, Sra. Yulia Timoshenko, contra la cual se habían iniciado actuaciones penales en la Federación de Rusia antes de que fuera nombrada para ese cargo. En la víspera de su viaje, el Fiscal General de la Federación de Rusia declaró que la Primera Ministra no tendría problemas si decidía visitar la Federación de Rusia ya que los altos dirigentes del Estado, incluidos los jefes de gobierno, gozaban de inmunidad²¹⁵.

114. Aparte del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, prácticamente no existe información sobre casos en los que se haya abordado la cuestión de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores. Como se sabe, en 1963 un tribunal de los Estados Unidos se negó a conocer de un caso contra el Ministro de Relaciones Exteriores de Corea, al aceptar la «propuesta de conceder inmunidad» presentada por el poder ejecutivo de los Estados Unidos. No obstante, se debe tener en cuenta que, además de indicar que los ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses con arreglo al derecho internacional consuetudinario, en la «propuesta» del Departamento de Estado también se hace referencia al reconocimiento del estatuto diplomático del Ministro de Relaciones Exteriores de Corea, ya que en ese caso él se encontraba de visita oficial en los Estados Unidos²¹⁶. En 2001, un tribunal de

distrito de los Estados Unidos aceptó la «propuesta de conceder inmunidad» presentada por el poder ejecutivo en favor del Ministro de Relaciones Exteriores de Zimbabwe en la causa *Tachiona v. Mugabe*²¹⁷.

115. La escasa información sobre la práctica, incluidas las decisiones judiciales sobre la inmunidad del ministro de relaciones exteriores, sirvió de base para que la magistrada Van Den Wyngaert, en su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, afirmara que:

no hay ninguna prueba que demuestre que un Estado está obligado a conceder inmunidad de procesamiento penal a un ministro de relaciones exteriores en virtud del derecho internacional consuetudinario. Al emitir y divulgar la orden, Bélgica puede haber actuado de forma contraria a la cortesía internacional. Sin embargo, no ha actuado en contravención de una obligación jurídica internacional²¹⁸.

La opinión de que los ministros de relaciones exteriores no gozan de inmunidad personal también se ha expresado en la doctrina, en particular después de que se pronunciara el mencionado fallo²¹⁹. Al mismo tiempo, varios autores²²⁰ comparten la opinión de la CIJ que se presenta en dicho fallo, a favor del cual votó la gran mayoría de los magistrados.

116. Ese fallo de la CIJ sobre la inmunidad del ministro de relaciones exteriores sirvió de base para la petición planteada ante la Corte por la República del Congo en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*, así como para las pretensiones de Djibouti y Francia en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. En este caso, las partes convinieron con la opinión de la Corte²²¹.

exteriores tanto en actos oficiales como privados la misma inmunidad que se concedía a los jefes de Estado (*Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1962, párrs. 66, 200 y 202).

²¹⁷ Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Tachiona v. Mugabe*, sentencia de 30 de octubre de 2001, 169 F. Sup. 2d 259, sentencia 30 de octubre de 2001, pág. 297.

²¹⁸ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 139, párr. 1.

²¹⁹ Véase, por ejemplo, Koller, *loc. cit.*, pág. 16: «El estudio más exhaustivo de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores pone de relieve que el fundamento para conceder inmunidad a esos ministros cuando realizan una visita privada es mucho más débil que el que justifica su reconocimiento a los jefes de Estado y se desprende principalmente de la cortesía, no del derecho. La necesidad de inmunidad en visitas privadas es una ardua cuestión empírica que no se aborda debidamente en el somero análisis que realiza la Corte y sobre la que no existe práctica estatal disponible. Al limitarse a desdibujar las distinciones entre ministros de relaciones exteriores, jefes de Estado y diplomáticos, la Corte contribuye a la confusión de conceptos».

²²⁰ Según Cassese, «hay que encomiar a la Corte por haber aclarado y delimitado una cuestión de perfiles un tanto oscuros en el derecho vigente. Al proceder de esa manera ha ampliado considerablemente la protección que el derecho internacional otorga a los ministros de relaciones exteriores» (*loc. cit.*, pág. 855). Véase también, por ejemplo, Wirth (*loc. cit.*, pág. 889): «[E]s perfectamente concebible que la posición de un ministro de relaciones exteriores sea lo suficientemente importante como para concederle las mismas inmunidades que a un jefe de Estado: el ministro de relaciones exteriores mantiene las relaciones exteriores de un Estado y, por tanto, desempeña una función esencial en la gestión de los conflictos entre Estados; a este respecto, es incluso más importante que un embajador, quien —al menos en el Estado receptor— disfruta de inmunidad *ratione personae*».

²²¹ Véase, en particular, la declaración de la República del Congo, de 9 de diciembre de 2002, en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (pág. 11) y la memoria de Djibouti, de 15 de marzo de 2007, en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (pág. 51).

²¹³ *Saltan and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1988, ILR, vol. 80, págs. 19 a 24.

²¹⁴ *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, decisión relativa al procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, Corte de Casación de Bélgica, N.º P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, 2003, págs. 596 a 605.

²¹⁵ El texto de esta declaración puede consultarse en <http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html>.

²¹⁶ *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Tribunal de Circuito del Primer Circuito, estado de Hawái (Estados Unidos), 9 de septiembre de 1963, ILR, vol. 81, págs. 604 y 605. En la «propuesta de otorgar inmunidad» en relación con este caso se hacía referencia, de conformidad con el derecho consuetudinario, no sólo a la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores extranjero, sino también a la de un jefe de gobierno extranjero.

Cabe observar que en la versión vigente a la sazón de la Ley de relaciones exteriores de los Estados Unidos (redacción de 1962) se señaló que se otorgaba a los jefes de gobierno y a los ministros de relaciones

117. Como ya se ha señalado, en el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, y en el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, se determinó una categoría adicional de personas que gozan de una condición especial con arreglo al derecho internacional, «otras personalidades de rango elevado». El hecho de que existen otros altos funcionarios, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, gozan de inmunidad personal respecto de la jurisdicción penal extranjera, queda confirmado en el párrafo 51 del fallo antes mencionado de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Evidentemente, si bien la Corte no señaló concretamente cuáles son las otras personalidades de rango elevado, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, que gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera, confirmó de forma clara que esta categoría de personas no se limitaba a esos tres tipos de funcionarios.

118. Esa interpretación del fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* fue confirmada por lo menos por dos sentencias de tribunales del Reino Unido. Como se señala en el fallo del tribunal de distrito en el caso del general Shaul Mofaz (a la sazón Ministro de Defensa de Israel) de 2004, «el uso de las palabras 'tales como' el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, indica a mi juicio que pueden incluirse otras categorías. En otras palabras, esas categorías no son exclusivas»²²². De este modo, basándose en el fallo de la CIJ, el tribunal británico no dictó la orden de detención del Ministro de Defensa de Israel y reconoció su inmunidad, después de presentar un fundamento funcional similar al presentado por la CIJ respecto de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores²²³. Del mismo modo, en el fallo de la CIJ, se reconoció la inmunidad del Ministro de Comercio de China, Bo Xilai, en una causa con la misma denominación que se examinó en 2005. El tribunal superior de distrito se negó a dictar la orden de detención del Ministro, señalando que «de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, el Sr. Bo goza de inmunidad de procesamiento, dado que no podría desempeñar sus funciones a menos que pudiera viajar libremente»²²⁴.

119. En la doctrina se reconoce que aparte de la tríada básica, existen otros altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción

extranjera²²⁵. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, las partes también reconocieron en principio que otros altos funcionarios del Estado gozaban de la misma inmunidad de que gozan los ministros de relaciones exteriores. A este respecto, convinieron en que el fiscal general de Djibouti y el jefe del Servicio Nacional de Seguridad de Djibouti, que participaron en esa causa, no pertenecían a esa categoría²²⁶. Se puede hacer referencia a otros altos funcionarios del Estado que gozan o que pueden gozar de inmunidad *ratione personae* (en particular, el ministro de defensa y el ministro de comercio internacional). No obstante, el Relator Especial no tiene conocimiento de que exista una lista exhaustiva de los funcionarios abarcados en esta categoría. Como ya se ha señalado, la Comisión, al formular los proyectos de artículos sobre las misiones especiales, no ha elaborado una lista de otros altos funcionarios que gozan de una condición especial y de inmunidad, ya que ha considerado con razón que las personas o cargos concretos se determinan de conformidad con la legislación interna del Estado²²⁷.

120. Al parecer, la categoría de personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal de la jurisdicción penal extranjera podría definirse, si bien de modo general, si se lograra determinar el criterio o los criterios que han de cumplir esas personas para recibir tal inmunidad. En los fallos mencionados, que fueron pronunciados por tribunales nacionales que habían reconocido la inmunidad del ministro de defensa y del ministro de comercio internacional, respectivamente, los tribunales sostenían que las funciones que cumplían esas personas eran muy similares a las funciones de un ministro de relaciones exteriores y, por ende, requerían la inmunidad precisamente para cumplir esas funciones. Del mismo modo, en la causa del general Mofaz, el magistrado señaló que consideraba poco probable que «los cargos ministeriales, tales como los de ministro del interior, ministro de empleo, ministro de medio ambiente y ministro de cultura,

²²⁵ Como señala Verhoeven, «la solución es más incierta cuando se trata de otros miembros del gobierno. Desde un punto de vista lógico es indiscutible que [la inmunidad] debería concederse cuando esos otros ministros ejercen funciones internacionales, ya se trate por ejemplo de negociar acuerdos o de representar al Estado en el extranjero. No obstante, esta posición dista de verse confirmada sin ambigüedad por la práctica internacional actual» («Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», pág. 65). Cassese observa que la inmunidad *ratione personae* protege «sólo a ciertas categorías de funcionarios del Estado, a saber, los agentes diplomáticos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno, tal vez (y en cualquier caso conforme a la doctrina establecida por la Corte) los ministros de relaciones exteriores y posiblemente incluso otros altos miembros del gobierno» (*loc. cit.*, pág. 864). Carter también comparte esta opinión: «Da la impresión de que en los Estados Unidos la inmunidad propia de los jefes de Estado se aplica actualmente a los jefes de Estado extranjeros y los ministros de relaciones exteriores, posiblemente a sus familiares y tal vez a otros altos funcionarios. [...] Debido en parte a su base jurisprudencial, la doctrina es poco clara en cuanto a quiénes son exactamente los que quedan cubiertos» («Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing as Well», pág. 232).

²²⁶ Como señaló el asesor de Djibouti, L. Condorelli, durante la audiencia celebrada en La Haya el 22 de enero de 2008, «nadie pide a la Corte que reconozca que, a semejanza de un jefe de Estado o de un agente diplomático, el Fiscal General de la República de Djibouti y el Jefe de Seguridad Nacional de la República de Djibouti gozan en el extranjero durante el ejercicio de sus funciones de una inmunidad de jurisdicción y de una inviolabilidad totales, que abarquen igualmente sus actos privados» (CIJ, CR 2008/3, 22 enero de 2008, párr. 23).

²²⁷ Véase el párrafo 19 *supra*.

²²² Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pág. 773.

²²³ El magistrado británico, en particular, señaló que «aunque el viaje [en el caso de un ministro de defensa] no tenga el mismo nivel que el de un ministro de relaciones exteriores, es un hecho que muchos Estados mantienen tropas en el extranjero y hay numerosas misiones de las Naciones Unidas que pueden visitarse en las que las cuestiones militares desempeñan un importante papel entre ciertos Estados; en mi opinión, las funciones de defensa y de política exterior están estrechamente relacionadas, en particular en el Oriente Medio» (*ibíd.*).

²²⁴ *Re Bo Xilai*, Inglaterra, Tribunal de Magistrados de Bow Street, 8 de noviembre de 2005, ILR, vol. 128, pág. 714. Cabe observar que el magistrado también se basó en la inmunidad del Sr. Bo en su calidad de miembro de la misión especial (*ibíd.*, pág. 715).

medios de comunicación y deporte, adquirieran automáticamente el derecho a la inmunidad del Estado»²²⁸. El asesor de Francia, Sr. Pellet²²⁹, señaló durante la audiencia oral del caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* que sólo tenían derecho a la inmunidad *ratione personae* los otros altos funcionarios del Estado para los cuales la representación del Estado en las relaciones internacionales constituía parte inalienable o predominante de sus funciones. Como observa Parlett, «[l]a inmunidad *ratione personae* se otorga a cargos cuya función es tan importante para el mantenimiento de las relaciones internacionales que requieren una amplia concesión de inmunidad»²³⁰. Otros autores²³¹ se refieren al desempeño de las funciones destinadas a garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales como fundamento para la posible concesión de la inmunidad personal a otros miembros del gobierno distintos del ministro de relaciones exteriores.

121. No obstante, se debe reconocer que la garantía de la participación o la representación del Estado en las relaciones internacionales difícilmente puede considerarse una de las principales funciones, por ejemplo, del ministro de defensa, así como de otros miembros del gobierno distintos del ministro de relaciones exteriores (aunque en el actual mundo globalizado prácticamente todos los miembros del gabinete en alguna medida participan en los asuntos internacionales, representando a su Estado en esferas especializadas de las relaciones internacionales). Por otro lado, la participación en la solución de las cuestiones más importantes relacionadas con la garantía de la soberanía del Estado suele ser característica de las principales funciones del ministro de defensa y de algunos otros altos funcionarios. La aplicación de la jurisdicción penal por un Estado extranjero a este tipo de personas mientras estuvieran ejerciendo su cargo impediría que desempeñaran ese cargo de forma independiente y, por consiguiente, que el Estado a cuyo servicio trabajan ejerciera las prerrogativas propias de su soberanía. Dada la importancia que revisten para el Estado las funciones que cumplen esos altos funcionarios, es muy probable que la aplicación de la jurisdicción penal extranjera a esas personas equivalga a una injerencia del Estado que ejerce la jurisdicción en asuntos que son fundamentalmente competencia del Estado a cuyo servicio están esos funcionarios. A este respecto, cabe preguntar: ¿Es entonces la importancia de las funciones que cumple el alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado un criterio complementario a

la función de garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales para que se le reconozca como persona con inmunidad *ratione personae*?

3. CUESTIÓN RELATIVA AL RECONOCIMIENTO EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE TEMA

122. La cuestión de la inmunidad suele examinarse en relación con los Estados reconocidos y los funcionarios de Estado, jefes de Estado y jefes de gobierno reconocidos. No obstante, es posible que haya situaciones en que sea necesario examinar ya sea la cuestión relativa a la inmunidad de un Estado que no está reconocido por el Estado que ejerce la jurisdicción, o ya sea la cuestión de la inmunidad de una persona que no sea reconocida como jefe de Estado o jefe de gobierno (en caso de que el propio Estado, de cuyo jefe de Estado o jefe de gobierno se trate, haya sido reconocido). En estos casos, la cuestión del reconocimiento adquiere importancia para el examen del tema de la inmunidad. Como ha señalado Watts, «[l]a cuestión del reconocimiento [...], en particular, suele ser decisiva cada vez que se plantea una cuestión de inmunidad»²³². Confirman esta opinión, en particular, varios fallos de tribunales de los Estados Unidos. Así, en la causa *Kadic v. Karadzic*, de 1995, un tribunal de apelación de distrito observó que «los Estados reconocidos gozan de determinadas prerrogativas e inmunidades pertinentes a los procedimientos judiciales»²³³. Habida cuenta de que el poder ejecutivo de los Estados Unidos no reconocía a R. Karadzic como jefe de Estado, el tribunal tampoco reconoció su inmunidad como tal. En 1990, en la causa *United States v. Noriega and Others*, un tribunal de distrito señaló que «para beneficiarse de la inmunidad que se atribuye a los jefes de Estado, el funcionario del gobierno debe ser reconocido como jefe de Estado de Panamá por la Constitución panameña o por los Estados Unidos»²³⁴. El Gobierno de los Estados Unidos no reconocía a Noriega como jefe de Estado, en consecuencia, el tribunal se negó a reconocer que Noriega gozaba de inmunidad como tal. En cambio, en la causa *Lafontant v. Aristide*, de 1994, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de B. Aristide, que estaba exiliado en los Estados Unidos, como el jefe de Estado legítimo de Haití²³⁵.

²³² «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», pág. 34.

²³³ *Kadic v. Karadzic*, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, sentencia de 13 de octubre de 1995, 70 F. 3d 232, 64 USLW 2231, pág. 244.

²³⁴ *United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 8 de junio de 1990, ILR, vol. 99, págs. 143 a 183.

²³⁵ *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, págs. 581 y 593. Cabe señalar que, en lo que respecta a la cuestión del reconocimiento, en particular, en el contexto del examen de la cuestión de la inmunidad, los tribunales estadounidenses y británicos se basan en la opinión del poder ejecutivo. Así, en la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Reino Unido en la causa *Sayce v. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State*, el magistrado Somervell señaló: «Nuestro Estado no puede hablar con dos voces en este asunto, con los poderes judicial y ejecutivo diciendo cosas distintas. Nuestro soberano ha de decidir a quiénes reconoce como sus homólogos soberanos en la familia de los Estados; y las relaciones de los Estados extranjeros con nuestro Estado en la cuestión de las inmunidades del Estado debe depender exclusivamente de esa decisión» (Tribunal de Apelación, Inglaterra, 20 de mayo de 1952, ILR, vol. 19, pág. 215).

²²⁸ Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pág. 773.

²²⁹ Según A. Pellet, «los funcionarios del Estado no gozan de inmunidad por el mero hecho de que, en el ejercicio de sus funciones, puedan verse obligados, de forma más o menos ocasional, o incluso periódicamente, a efectuar misiones en el extranjero. Ello sólo ocurre cuando tales inmunidades son indispensables para efectuar dichas misiones y siempre que las inmunidades sean inherentes a las funciones en cuestión» (CIJ, CR 2008/5, 25 de enero de 2008, párr. 63).

²³⁰ «Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», pág. 59. Por consiguiente, la autora considera que, entre los demás altos funcionarios que gozan de tal inmunidad, figura posiblemente el ministro de defensa o el viceministro permanente de relaciones exteriores (ibíd.).

²³¹ Véanse, por ejemplo, Toner, *loc. cit.*, págs. 912 y 913; Forcese, *loc. cit.*, pág. 137; Du Plessis y Bosch, «Immunities and universal jurisdiction – The World Court steps in (or on?)», y Wickremasinghe, *loc. cit.*

123. La cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado no reconocido y de los jefes de Estado y jefes de gobierno no reconocidos puede plantearse en diferentes contextos. Por un lado, por ejemplo, se examina cuando una entidad, sobre cuyo funcionario se plantea la cuestión de la inmunidad, no está reconocida como Estado independiente por ningún Estado, incluido el Estado que ejerce la jurisdicción. Desde el punto de vista del derecho internacional, la inmunidad de un funcionario de Estado se basa en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Este principio no regula las relaciones entre el Estado que ejerce la jurisdicción y la entidad que no ha sido reconocida como Estado. Por ello, difícilmente se podría hablar del derecho de los funcionarios de esa entidad a la inmunidad o de la obligación, correspondiente a ese derecho, del Estado que tiene jurisdicción a no ejercerla. La cuestión se complica aún más cuando se trata de la inmunidad de un funcionario de un Estado que está reconocido por una parte considerable de la comunidad internacional pero que no está reconocido por el Estado cuyas autoridades examinan la cuestión de la inmunidad. Lo que se ha expuesto anteriormente en relación con la cuestión del reconocimiento en el contexto del examen del tema de la inmunidad de los funcionarios de un Estado que no está reconocido se aplica también a la cuestión del reconocimiento en el contexto del tema de la inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno no reconocidos.

124. Si se examina la cuestión del papel del reconocimiento en el contexto del presente tema, al parecer, se deberá examinar la cuestión sustantiva del reconocimiento, incluso, por ejemplo, la cuestión del carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento. Esto difícilmente entraría dentro del mandato de la Comisión en el marco del presente tema. A este respecto, se plantea la siguiente pregunta: ¿Es necesario abordar la cuestión del reconocimiento en el marco del tema que se examina y, más aún, formular alguna disposición acerca del papel del reconocimiento en relación con la cuestión de la inmunidad de los funcionarios? Cabe señalar que la resolución del Instituto de Derecho Internacional se limita a una disposición a este respecto de conformidad con la cual dicha resolución «se entiende sin perjuicio del efecto del reconocimiento o no reconocimiento de un Estado o gobierno extranjero en la aplicación de sus disposiciones»²³⁶.

4. MIEMBROS DE FAMILIA

125. A veces en la práctica se plantea la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado (naturalmente, en este caso la inmunidad sólo puede ser de carácter personal). En 1991 en la causa *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, el Tribunal Federal de Suiza reconoció la inmunidad de I. Marcos, esposa del ex Presidente de Filipinas:

el derecho internacional consuetudinario siempre ha reconocido a los jefes de Estado, así como a sus familiares y a los miembros de su casa que visitan un Estado extranjero, las prerrogativas de inviolabilidad personal e inmunidad de jurisdicción penal. [...] Esta inmunidad

jurisdiccional también se concede al jefe de Estado que visita un Estado extranjero a título privado y se extiende, en tales circunstancias, a los familiares más próximos que lo acompañen y a los miembros principales del personal de su casa²³⁷.

Asimismo, en un caso civil, un tribunal de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de la esposa del Presidente de México en la causa *Kline c. Kanebo* de 1988. El tribunal señaló que «conforme a los principios generales del derecho internacional, los jefes de Estado y sus familiares más próximos gozan de inmunidad de enjuiciamiento»²³⁸. Otro tribunal estadounidense reconoció en 1978 la inmunidad de jurisdicción del hijo de la Reina del Reino Unido, Príncipe Carlos, en la causa *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*²³⁹.

126. También se sabe de varios casos en que los tribunales no han reconocido la inmunidad de los miembros de familia de jefes de Estado, como en la causa *Mobutu v. SA Cotoni*²⁴⁰. En 1988, en su decisión sobre este caso, un tribunal civil de Bélgica señaló, en particular, que los hijos del Presidente del Zaire ya habían alcanzado la mayoría de edad y que, por lo tanto, eran personas «distintas de su padre y no pueden en ningún caso beneficiarse de la misma inmunidad que a él le corresponde»²⁴¹. Del mismo modo, en 2001, en la causa *W. v. Prince of Liechtenstein*, el Tribunal Supremo de Austria no reconoció la inmunidad de una hermana y de dos hermanos del jefe de Estado de Liechtenstein, ya que no eran miembros de la familia inmediata del jefe de Estado ni vivían con él y no tenían derecho a la inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario²⁴².

127. Suscita atención, en primer lugar, que en los dos casos mencionados, en que los tribunales se negaron a reconocer la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado, las decisiones se adoptaron sobre la base de que las personas en cuestión no eran miembros de la familia inmediata del jefe de Estado y no dependían de él. El tribunal podía haber reconocido la inmunidad de esas personas si éstas hubieran sido los familiares más cercanos del jefe de Estado y si hubieran estado viviendo con él. Esto se indica de forma directa en una disposición del fallo del tribunal de Austria mencionada anteriormente. En segundo lugar, en tres de las cinco decisiones judiciales adoptadas, los tribunales señalaron que se concedía inmunidad a los miembros de la familia de un jefe de Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. En los pocos casos en que la legislación nacional prevé la inmunidad de los jefes de Estado (Australia, Reino Unido), también se prevé la inmunidad de los miembros de la familia del jefe de Estado

²³⁷ *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police, Revue suisse de droit international et européen* (1991), pág. 535. Véase también ILR, vol. 102, pág. 201.

²³⁸ Corte Suprema (Condado de Nueva York), *Kline v. Kaneko*, sentencia de 31 de octubre de 1988, 141 Misc. 2d 787, pág. 788.

²³⁹ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Ohio, Sección del Este, 7 de diciembre de 1978, ILR, vol. 81, págs. 605 a 607.

²⁴⁰ Tribunal Civil de Bruselas (sentencia de embargo), 29 de diciembre de 1988, reproducido en ILR, vol. 91, págs. 259 a 263.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² Tribunal Supremo, sentencia de 14 de febrero de 2001, 7 Ob 316/00x, párr. 11.

²³⁶ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, art. 12, pág. 685.

que residen con él²⁴³, o de su cónyuge²⁴⁴. Cabe recordar también que la inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado de acogida de los miembros de la familia de un agente diplomático que residan con él, los miembros de la familia de un funcionario consular que residan con él, los miembros de la familia de un representante de Estado en misión especial y los miembros de la familia del jefe de una representación de Estado ante una organización internacional que residan con él, está contemplada, respectivamente, en el párrafo 1 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; el párrafo 2 del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963; el párrafo 1 del artículo 39 de la Convención sobre las Misiones Especiales; y el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal.

128. En la doctrina se expresan diversos puntos de vista. En *Oppenheim's International Law* se observa que la comparación de la condición de un miembro de la familia de un jefe de Estado con la de un miembro de la familia de un funcionario diplomático supone que los miembros de la familia de un jefe de Estado que residen con él gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado anfitrión²⁴⁵. Gully-Hart²⁴⁶ también reconoce que los miembros de la familia de un jefe de Estado o de un jefe de gobierno gozan de inmunidad. No obstante, en opinión de Watts, se puede otorgar inmunidad a los miembros de la familia inmediata de un jefe de Estado, pero sólo como cortesía y no con arreglo al derecho internacional²⁴⁷. Sucharitkul²⁴⁸ comparte este planteamiento. La opinión de que cuando los miembros de la familia de un jefe de Estado reciben la inmunidad, ésta sólo se otorga como cortesía y no en virtud del derecho

²⁴³ Artículo 20 1) de la Ley británica de inmunidad del Estado de 20 de julio de 1978, ILM, vol. 17, 1978, pág. 1123.

²⁴⁴ Artículo 36, párr. 1), apdo. b, de la Ley de inmunidades de los Estados extranjeros de Australia, de 1985, reproducido en Dickinson, Lindsay y Loonam, *op. cit.*, pág. 483.

²⁴⁵ Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 1039 y 1040.

²⁴⁶ «The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland», pág. 1335.

²⁴⁷ A este respecto, Watts (*loc. cit.*, págs. 75 a 80 y 110 a 112) hace una distinción entre los miembros de la familia de un jefe de Estado, de un jefe de gobierno y de un ministro de relaciones exteriores, así como entre el estatuto de estas personas, dependiendo de que se encuentren en el Estado anfitrión en visita oficial o en visita privada.

²⁴⁸ *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párrs. 446 a 450.

internacional, fue confirmada por una resolución del Instituto de Derecho Internacional²⁴⁹.

129. Se plantea la siguiente pregunta: ¿debe la Comisión analizar el tema de la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado (así como, posiblemente, de otras personas que gozan de inmunidad personal) en el marco del tema que se examina? El Relator Especial tiene dudas al respecto ya que, en sentido estricto, la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios escapa al ámbito del presente tema.

C. Resumen

130. Al resumir el contenido del presente capítulo, se pueden plantear, en particular, las siguientes consideraciones:

a) El presente tema sólo abarca la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción nacional (no internacional) penal (no civil ni administrativa) de otro Estado (y no del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario).

b) Se propone que el presente tema abarque a todos los funcionarios del Estado.

c) Se puede tratar de definir el concepto de «funcionario del Estado» a los efectos del presente tema o de determinar el grupo de personas abarcadas por este concepto a los efectos del presente tema.

d) Entre las personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal en virtud de su cargo figuran, en primer lugar, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

e) Se puede tratar de definir el grupo de personalidades de rango elevado que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todas las personalidades de rango elevado si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios.

f) Existen dudas respecto de la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de las personalidades de rango elevado en el marco del presente tema.

²⁴⁹ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, art. 5, pág. 682.