

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/631

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

[Original: ruso]
[10 de junio de 2010]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	427
Obras citadas en el presente informe	428
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-16 429
ALCANCE DE LA INMUNIDAD DE UN FUNCIONARIO DEL ESTADO RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA.....	17-94 433
A. Consideraciones preliminares.....	17-20 433
B. Inmunidad <i>ratione materiae</i>	21-34 434
C. Inmunidad <i>ratione personae</i>	35-37 439
D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado	38-51 440
E. Alcance territorial de la inmunidad	52-53 443
F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?	54-93 444
1. Consideraciones preliminares	54-55 444
2. Criterios para el establecimiento de excepciones	56-89 445
3. Conclusiones sobre las excepciones.....	90-93 458
G. Resumen	94 459

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, n.º 25699, pág. 181.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Bruselas, 26 de mayo de 1997)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> C 195/1, 25 de junio de 1997.

Fuente

Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2216, n.º 39391, pág. 225. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 182, 28 de julio de 2010, pág. 65780.
Convención para prevenir y combatir la corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003)	ILM, vol. XLIII, 2004, pág. 5.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 17 de enero 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

- ALDERTON, Matthew
«Immunity for Heads of State acting in their private capacity—*Thor Shipping A/S v The Ship 'Al Duha'il'*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (julio de 2009), págs. 702 a 711.
- AMBOS, Kai
«Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the 'torture memos' be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42 (2009), págs. 405 a 448.
- ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
«Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», Comité sobre derecho y práctica internacionales de derechos humanos, *Report of the 69th Conference held in London, 25-29th July 2000*, Londres, 2000.
- BASSIOUNI, M. Cherif
“Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, en Christopher C. Joyner (editor especial), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998*.
- BUZZINI, Gionata Piero
«Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France Case*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), págs. 455 a 483.
- CAFLISCH, Lucius
«La pratique suisse en matière de droit international public 1990», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 4/1991, págs. 513 a 580.
- CAPLAN, Lee M.
«State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», *AJIL*, vol. 97, n.º 4 (octubre de 2003), págs. 741 a 781.
- CASSESE, Antonio
«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.
- COLANGELO, Anthony J.
«Universal jurisdiction as an international 'false conflict' of laws», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), págs. 881 a 925.
- DAVID, Eric
Éléments de Droit Pénal International et Européen, Bruselas, Bruylant, 2009.
- DENZA, Eileen
«*Ex parte Pinochet*: Lacuna or Leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 949 a 958.
Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.
- DOMINICÉ, Christian
«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, t. CIII (1999), págs. 297 a 308.
- FRULLI, Micaela
«The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo Case* (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes», *German Law Journal*, vol. 3, n.º 3 (2002).
«Immunities of Persons from Jurisdiction», en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 368 y 369.
- GALLAGHER, Katherine
«Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), págs. 1087 a 1116.
- HAMIDA, 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.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL
«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire*, vol. 69, sesión de Vancouver (2001), París, Pedone, 2001.
«La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», *Annuaire*, vol. 71-II, sesión de Cracovia (2005), París, Pedone, 2006, págs. 296 a 301.
«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, sesión de Nápoles (2009), París Pedone, 2009, págs. 228 a 230.
- JESSBERGER, Florian
«Universal jurisdiction», en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 555 a 558.
- KALECK, Wolfgang
«From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), págs. 927 a 980.

- KOLLER, David S.
«Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, n.º 1 (2004), págs. 7 a 42.
- LUTZ, Ellen L. y Caitlin REIGER (eds.)
Prosecuting Heads of State, Cambridge University Press, 2009.
- O'DONNELL, Kaitilin R.
«Certain Criminal Proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?», *Boston University International Law Journal*, vol. 26, n.º 2 (cuarto trimestre de 2008), págs. 375 a 416.
- PARLETT, Kate
«Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», *European Human Rights Law Review*, n.º 1, 2006, págs. 49 a 66.
- PENROSE, Mary Margaret
«The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 7, n.º 2 (2010), págs. 85 a 143.
- PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION
The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton (Nueva Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001.
- RAU, Markus
«After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case», *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- RENSMANN, Thilo
«Impact on the Immunity of States and their Officials», en Menno T. Kamminga y Martin Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 151 a 170.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi
«Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9 (2008-2009), págs. 79 a 106.
- SIMBEYE, Yitiha
Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.
- STERN, Brigitte
«Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?», en Mark Lattimer y Philippe Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford y Portland (Oregón), Hart Publishing, 2006, págs. 73 a 106.
- «Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», en Marcelo G. Cohen (ed.), *La promotion de la justice, des droit de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Brill, 2007, págs. 511 a 548.
- «Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, n.º 2 (segundo trimestre de 2008), págs. 441 a 449.
- SUMMERS, Mark A.
«Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007-2008), págs. 459 a 473.
- TAYLOR, Roger H.
«Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State», *Thomas Jefferson Law Review* (San Diego), vol. 24, n.º 1 (cuarto trimestre de 2001), págs. 101 a 120.
- VAN ALEBEEK, Rosanne
The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WATTS, Arthur
«The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994-III*, t. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, págs. 9 a 130.
- WIRTH, Steffen
«Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 877 a 893.
- YANG, Xiaodong
«State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions», *BYBIL*, vol. 74 (2003), págs. 333 a 408.
«*Jus cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, págs. 131 a 179.
- ZEGVELD, L.
«The *Botse* case», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), págs. 97 a 120.
- ZIMMERMANN, Andreas
«Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16 (1994-1995), págs. 433 a 440.

Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58.º período de sesiones, en 2006, atendiendo a una propuesta formulada por el Relator Especial¹. En el 59.º período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir ese tema en su programa de trabajo, nombró Relator Especial del tema al Sr. Roman Kolodkin² y solicitó a la Secretaría que preparara un estudio básico sobre el tema³.

2. En su 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴ y el memorando de la Secretaría sobre el tema⁵.

3. En el informe preliminar se exponía de forma sucinta la 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

¹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, apdo. b.

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

³ *Ibid.*, pág. 99, párr. 386.

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

⁵ Memorando de la Secretaría, *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/596.

Internacional⁶ y se definían las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa de trabajo preliminar sobre el tema. Entre estas cuestiones figuraba la cuestión relativa a las fuentes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; la cuestión relativa al contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal»; la cuestión de la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; la cuestión de los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); y la cuestión del fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y 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 especiales⁷.

4. Además, en el informe se definían las cuestiones que el Relator Especial consideraba necesario examinar para determinar el alcance del tema⁸. Esas cuestiones incluían, en particular, 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) debían estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o proyectos de artículos que podía elaborar la Comisión como resultado del examen del presente tema; la cuestión de la definición del concepto de «funcionario del Estado»; la cuestión del reconocimiento en el contexto del presente tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado.

5. Asimismo, entre las cuestiones que, en opinión del Relator Especial, debían examinarse para determinar el alcance del tema, figuraban: la cuestión del alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios en activo y los ex funcionarios del Estado que estuvieran incluidos en futuros proyectos de directrices o de artículos; y la cuestión de la renuncia a la inmunidad a los funcionarios del Estado (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)⁹.

6. Las conclusiones formuladas por el Relator Especial como resultado del análisis realizado en la parte del informe preliminar presentada a la Comisión figuran en los párrafos 102 y 130 de dicho informe¹⁰.

⁶ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párrs. 6 a 26.

⁷ *Ibid.*, párrs. 27 a 102.

⁸ *Ibid.*, párrs. 103 a 130.

⁹ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁰ El párrafo 102 dice, en su parte pertinente:

«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,

7. La Comisión hizo suyas la mayoría de las conclusiones. En sus observaciones finales, el Relator Especial pudo constatar, en particular, el amplio consenso respecto de lo siguiente:

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

b) El concepto de «inmunidad» implica una relación jurídica y una correlación entre los derechos y obligaciones correspondientes;

c) La inmunidad es de índole procesal;

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.»

El párrafo 130 dice, en su parte pertinente:

«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.»

d) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial y no de jurisdicción legislativa;

e) La cuestión de tal inmunidad se plantea ya en la fase de instrucción de un proceso penal;

f) La distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* es útil para fines de análisis;

g) El tema no abarca las cuestiones relativas a la jurisdicción penal internacional;

h) En lo que respecta al grupo de personas que abarca el tema, es preciso examinar el estatuto de todos los funcionarios del Estado;

i) Debe emplearse y definirse el término «funcionario del Estado»;

j) Gozan de inmunidad *ratione personae*, por lo menos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

8. En el examen del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 2008, numerosas delegaciones se pronunciaron sobre este tema¹¹.

9. En el examen del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones, que se llevó a cabo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2009, varias delegaciones destacaron en sus declaraciones la importancia de continuar los trabajos sobre el tema¹², pese a que el Relator Especial no había presentado la continuación del informe preliminar y que, en consecuencia, la Comisión no había examinado el tema en su 61.º período de sesiones. Sudáfrica, en particular, subrayó la importancia del tema a la luz de las deliberaciones en curso sobre el ejercicio de la jurisdicción nacional universal y destacó las cuestiones que, en su opinión, debía resolver la Comisión¹³.

¹¹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 265 a 311. Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo tercer período de sesiones (A/CN.4/606), párrs. 89 a 110.

¹² Véase, en particular, las declaraciones de Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 30; Sudáfrica, *ibíd.*, párrs. 69 y 70; Hungría, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 35; Portugal, *ibíd.*, párr. 41; Ghana, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 6, y Jamahiriya Árabe Libia, *ibíd.*, párr. 16.

¹³ Entre las cuestiones que la Comisión tenía ante sí, Sudáfrica puso de relieve las siguientes: si los ministros de relaciones exteriores y otros altos funcionarios del Estado disfrutaban de plena inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario; si esa inmunidad era aplicable al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; si había un límite temporal para esa inmunidad y, en caso de haberlo, si ese límite es el mismo para todas las categorías de funcionarios; y si el hecho de que los delitos mencionados pudieran entrar en la categoría de *ius cogens* afectaba de alguna manera el alcance de las inmunidades. Sudáfrica también expresó interés en la cuestión relativa a la relación entre la inmunidad y las facultades de las autoridades nacionales para detener a un alto funcionario de Estado en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal internacional (*ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párrs. 69 y 70).

10. En las deliberaciones entre la Unión Africana y la Unión Europea sobre la jurisdicción penal universal, como resultado de las cuales se preparó un informe de expertos, la cuestión de la inmunidad también ocupó un lugar importante¹⁴. Lo propio ocurrió en el examen de la cuestión de la jurisdicción penal universal que se llevó a cabo en la Sexta Comisión, en 2009¹⁵.

11. En el tiempo transcurrido desde que se examinó el informe preliminar, la CIJ empezó a examinar los casos que, en mayor o menor medida, estaban relacionados con el tema, a saber, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*¹⁶, e *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁷. La Corte continúa examinando el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*¹⁸, en el que también se abordan cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios superiores y altos funcionarios del Estado.

12. En el período posterior al examen del informe preliminar, esas cuestiones han sido objeto de examen en el marco de jurisdicciones nacionales en varias ocasiones¹⁹.

¹⁴ Véase el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal, Consejo de la Unión Europea, documento 8672/1/09 Rev.1, 16 de abril de 2009.

¹⁵ Véanse las declaraciones de Austria, China, Costa Rica, Etiopía, Federación de Rusia, Finlandia, Indonesia, Irán (República Islámica del), Liechtenstein, Perú, Rwanda, Senegal, Sudáfrica, Sudán, Swazilandia y Túnez en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/64/SR.12) y 13.ª sesión (A/C.6/64/SR.13). Algunas delegaciones destacaron especialmente la relación entre el concepto de jurisdicción universal y las normas del derecho internacional sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios, señalando la necesidad de adoptar un enfoque ponderado al abordar la cuestión de la responsabilidad de las personas que cometen delitos tipificados por el derecho internacional.

¹⁶ Bélgica c. Senegal, interposición de demanda, 19 de febrero de 2009, www.icj-cij.org.

¹⁷ Alemania c. Italia, interposición de demanda, 23 de diciembre de 2008, www.icj-cij.org.

¹⁸ República del Congo c. Francia, interposición de demanda, 11 de abril de 2003, www.icj-cij.org.

¹⁹ En noviembre de 2008, en Frankfurt (Alemania) en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal francés, se detuvo a Rose Kabuye, jefa de protocolo del Presidente de Rwanda, que estaba acusada de estar involucrada en el asesinato del ex Presidente de Rwanda, perpetrado en 1994, a raíz del cual se desencadenaron las matanzas en ese país. En marzo de 2009 la Sra. Kabuye fue puesta en libertad bajo fianza («France releases Rwandan official», *BBC News*, 23 de diciembre de 2008). Según informaciones de prensa, la causa se desestimó («Judicial restrictions on Rose Kabuye lifted», *The New Times* (Kigali)). En diciembre de 2009, el Tribunal de primera instancia de Westminster (Reino Unido) emitió una orden de detención contra la dirigente de la oposición de Israel Tzipi Livni, acusada de haber cometido crímenes de guerra en Gaza. En el período en el que ocurrieron los hechos de los que se la acusaba, la Sra. Livni ocupaba el cargo de Ministra de Relaciones Exteriores de Israel. Poco después, según informaciones de los medios de información, se retiró la orden de detención al determinarse que la Sra. Livni se encontraba fuera del territorio del Reino Unido («Tzipi Livni arrest warrant prompts Israeli government travel 'ban'», *The Guardian* (Londres), 15 de diciembre de 2009). Anteriormente, en el Reino Unido se había intentado detener a Ehud Barak, Ministro de Defensa de Israel, pero se reconoció que disfrutaba de inmunidad diplomática («Israeli minister Ehud Barak faces war crimes arrest threat during UK visit», *The Guardian*, 29 de septiembre de 2009). En España, en 2008 y 2009, se emprendieron investigaciones en relación con los cargos de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos en el Tíbet, formulados contra altos funcionarios del Estado y dirigentes políticos de la

13. En reiteradas ocasiones, en el marco de la labor de la CIJ y en otros casos relacionados con la inmunidad de jurisdicción extranjera, los gobiernos han declarado su posición respecto de las deliberaciones mencionadas sobre la jurisdicción universal y del examen de las cuestiones relativas a la inmunidad de los funcionarios en las jurisdicciones nacionales²⁰. También se introdujeron modificaciones en la legislación de algunos Estados²¹.

14. En 2009, después de la publicación del memorando de la Secretaría y del informe preliminar, se aprobó la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes de derecho internacional²². Además, se han publicado nuevos trabajos sobre el tema²³.

15. El aspecto fáctico es muy importante a los fines del examen del tema por la Comisión. A fin de obtener resultados efectivos en la labor del Relator Especial es preciso tomar la realidad como punto de partida y no confundir lo que se desea con la situación real. Como describen Lutz y Reiger en una obra que contiene una

información fáctica muy interesante sobre el tema que se examina, en el período de 1990 a junio de 2008, se intentó procesar penalmente al menos a 67 jefes de Estado y jefes de gobierno en diferentes jurisdicciones, y unos 65 de esos casos se referían a jurisdicciones nacionales. Además, de esos 65 casos, unos 10 fueron intentos de procesar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno en Estados extranjeros, como los intentos de procesar penalmente a los ex jefes de Estado o de gobierno de la Argentina en España (5 causas), en Italia y Alemania (1 causa); de Chile en España (1 causa); del Chad en el Senegal y Bélgica (1 causa); y de Suriname en los Países Bajos (1 causa)²⁴. Esta lista de casos está lejos de ser exhaustiva. A ella podrían añadirse por lo menos los cargos presentados recientemente contra un dirigente chino en España y en la Argentina²⁵, así como las causas mencionadas en el informe preliminar²⁶. Ahora bien, en la gran mayoría de casos, los intentos de enjuiciar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno y a antiguos altos dirigentes de menor categoría²⁷ han resultado infructuosos. Estos hechos son de por sí bastante reveladores.

16. Si bien, por una parte, continúan los intentos de enjuiciar penalmente a altos funcionarios extranjeros, por otra, estos intentos tienen lugar en un número muy reducido de Estados y están relacionados casi exclusivamente con exfuncionarios, y únicamente se han obtenido resultados en los casos en que el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar da su consentimiento para su procesamiento, y esto sucede muy rara vez. Los únicos casos en que un Estado ha dado tal consentimiento en los últimos años han sido el del Chad, para procesar al ex Presidente de ese país, H. Habre, en el Senegal²⁸, y el de la Argentina, para procesar al exoficial Adolfo Scilingo (enjuiciado en España por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la «guerra

(Continuación de la nota 19.)

República Popular China (el ex Presidente de la República Popular China Jiang Zemin y el Ministro de Defensa Liang Guangli, entre otros). Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas en la legislación de España, que limitaban el alcance de la «jurisdicción universal», se sobreyeron las causas («Pedraz archiva la investigación por genocidio en Tíbet», *El País* (Madrid), 27 de febrero de 2010). En diciembre de 2009, en la Argentina se emitió una orden de detención contra Jiang Zemin y contra el jefe del Servicio de Seguridad Luo Gan, acusados de crímenes de lesa humanidad en relación con la persecución del movimiento Falun Gong («Argentine judge asks China arrests over Falun Gong», Reuters, 22 de febrero de 2009).

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/64/SR.13), declaraciones del Reino Unido e Israel, párrs. 6 y 7 y 18 a 21, respectivamente. Véanse también los materiales de las audiencias de la CIJ sobre medidas precautorias en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), audiencias públicas, 6 a 8 de abril de 2009 (CR 2009/8 a 2009/11), www.icj-cij.org.

²¹ Así, se introdujeron modificaciones en la legislación de España relativa al ejercicio de la jurisdicción universal. Se estableció el requisito de que debía existir un vínculo entre la causa y el Estado de España («Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction», www.cja.org; *The New York Times*, 21 de mayo de 2009).

²² Instituto de Derecho Internacional, «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, sesión de Nápoles, 2009.

²³ Por ejemplo, O'Donnell, «Certain Criminal Proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?»; Penrose, «The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law»; Lutz y Reiger, *Prosecuting Heads of State*; Buzzini, «Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case»; Rensmann, «Impact on the Immunity of States and their Officials»; Colangelo, «Universal jurisdiction as an international 'false conflict' of laws»; Roht-Arriaza, «Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala»; Summers, «Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?»; Ambos, «Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the 'torture memos' be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?»; Kaleck, «From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008»; Alderton, «Immunity for Heads of State acting in their private capacity—*Thor Shipping A/S v. The Ship 'Al Duhal'*»; y Gallagher, «Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture».

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ Véase la nota 19 *supra*.

²⁶ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, por ejemplo, la nota 209.

²⁷ Por ejemplo, los intentos realizados en Francia y Alemania por enjuiciar al Ministro de Defensa de los Estados Unidos D. Rumsfeld («French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case», Reuters, 23 de noviembre de 2007; Gallagher, *loc. cit.*, págs. 1109 a 1112). También es conocido el caso «Bush Six» (seis altos funcionarios del Gobierno de G. Bush, entre los cuales se encontraban el antiguo Fiscal General y el Viceministro de Defensa) en España (ibíd., pág. 1112 a 1114). Pese a la recomendación del Fiscal General de España, en enero de 2010, el Juzgado Central de lo Penal n.º 5, Audiencia Nacional de Madrid, confirmó la jurisdicción de España en este caso y autorizó la continuación de las actuaciones en relación con las denuncias contra los funcionarios de los Estados Unidos (esta causa está basada en la denuncia presentada en nombre de varias ONG de derechos humanos de España que representan los intereses de varias personas que fueron víctimas de torturas y otros tipos de tratos crueles y degradantes por parte de militares estadounidenses. La jurisdicción de España en esta causa fue confirmada, pese a la limitación de la «jurisdicción universal» en ese país de 2009, ya que el tribunal consideró suficiente el hecho de que una de las víctimas tuviera la ciudadanía española).

²⁸ Cabe señalar, en primer lugar, que incluso cuando el Chad renunció a la inmunidad de H. Habre, el tribunal senegalés se refirió a la inmunidad del ex jefe de Estado, y en segundo lugar, que el Senegal, al ejercer su jurisdicción penal en esta causa, se basaba en la decisión pertinente de la Unión Africana (véase UA, *Décision sur le proces d'His-sene Habre et l'Union Africaine*, Doc. Assembly/AU/3 (VII)). Véase también el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), medidas provisionales, providencia de 28 de mayo de 2009 (disponible en www.icj-cij.org).

sucia» de 1976-1983)²⁹. Se observa que hasta hoy sólo han tenido éxito los intentos de ejercer la jurisdicción universal en los casos en que el Estado interesado ha dado su consentimiento³⁰. En otros casos los Estados suelen responder negativamente a los intentos de ejercer la jurisdicción penal extranjera contra uno de sus funcionarios, aun cuando se trate de un exjefe de Estado o de gobierno, o de cualquier otro alto funcionario. Si el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar no coopera, es prácticamente imposible enjuiciar penalmente a esa persona de una forma debida y jurídicamente correcta. En consecuencia, por lo general,

²⁹ «Rights: Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser», Inter Press Service, 18 de abril de 2005.

³⁰ «The 'Pinochet Precedent': A Mixed Legacy for Human Rights», Jurist, www.jurist.org.

tales intentos sólo complican las relaciones entre los Estados³¹.

³¹ Como consecuencia de la amenaza de detención de T. Livni fueron canceladas varias visitas de altos representantes de Israel al Reino Unido y el empeoramiento de las relaciones bilaterales se abordó en una serie de publicaciones y en declaraciones formuladas por funcionarios del Estado («Israel fury at UK attempt to arrest Tzipi Livni», *BBC News*, 15 de diciembre de 2009). China protestó contra las decisiones que atentan contra dirigentes del país en España y Argentina («China warns Spain over Tibet lawsuit», *The New York Times*, 6 de junio de 2006; «China criticizes Argentina for arrest request of Jiang Zemin, Falung Gong support», *Voice of America*, 24 de diciembre de 2009). El intento de lograr la detención del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo en Bélgica dio lugar a una controversia entre Estados, cuyo examen se remitió a la CIJ (caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)). Los mandamientos de detención emitidos en Francia contra varios altos funcionarios rwandeses dieron lugar a que en 2006 se rompieran las relaciones diplomáticas entre Francia y Rwanda (*The New York Times*, 24 de noviembre de 2006).

Alcance de la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera

A. Consideraciones preliminares

17. En relación con el examen de las cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad, cabe recordar algunas de las disposiciones formuladas en el informe preliminar. En particular, el análisis que figura en los párrafos 56 a 59, 64 a 70 y 84 a 96 sirvió de base para formular las conclusiones que se presentan en los apartados e a j del párrafo 102. A efectos de examinar las cuestiones relativas al alcance de la inmunidad, son importantes las siguientes consideraciones:

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 beneficiario³²;

f) La inmunidad de jurisdicción penal [...] es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de las actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

³² Obviamente, sería más preciso hablar de los derechos del Estado al servicio del cual se encontraba o se encuentra la persona que de los derechos de la persona. Es el Estado, y no la persona, quien tiene principalmente el derecho a invocar la inmunidad. La controversia sobre la violación de los derechos y obligaciones que se desprenden de la inmunidad surge entre el Estado que invoca la inmunidad y el Estado que ejerce la jurisdicción. Véase, por ejemplo, el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 17, párr. 40, donde se señala que «pese al cambio de la situación profesional del Sr. Yerodia, el carácter del litigio sometido ante la Corte por medio de la demanda no ha cambiado: la controversia todavía se refiere a la ilegalidad de una orden de arresto emitida [...] contra una persona que en ese momento era el Ministro de Asuntos Extranjeros del Congo, y la cuestión de si los derechos del Congo fueron o no violados por la orden»; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221. En el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), medidas precautorias, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 108, párr. 28, el Congo basó su solicitud de medidas provisionales en su derecho de «respeto por parte de Francia de las inmunidades conferidas por el derecho internacional [...] al jefe de Estado congoleño». Véanse también, en el Reino Unido, las observaciones formuladas por Lord Phillips de Worth Matravers: «Va de suyo que la base de la inmunidad que se reclama es una obligación hacia Chile y no hacia el senador Pinochet. La inmunidad que se alega es la de Chile» (*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.º 3) [2000] 1 AC 147, págs. 79 y 80).

g) La inmunidad [...] [c]onstituye 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 [...];

j) La inmunidad [...] 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 actividades³³.

18. El hecho de que la inmunidad de jurisdicción extranjera constituya la norma, es decir, la regla general o la situación normal, y que su ausencia en un caso particular constituya una excepción a esa regla se reconoce de forma bastante general, aunque en la doctrina exista un punto de vista distinto³⁴. En este contexto, lo importante no es si el Estado debe o no invocar la inmunidad de su funcionario para que el Estado que ejerce la jurisdicción examine o considere la cuestión de la inmunidad (en la sección dedicada a los aspectos procesales se examinará más a fondo la cuestión de la invocación de la inmunidad). Es importante que en el caso de los altos funcionarios y de otros funcionarios en activo o de actos cometidos por exfuncionarios cuando se encontraban ejerciendo oficialmente su cargo se demuestre que existe una exención

³³ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 102.

³⁴ Desde esta perspectiva, en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) se hace referencia, en particular, a la necesidad de examinar la cuestión de si el derecho internacional prevé alguna exclusión o limitación de la inmunidad (párr. 88). Cabe también señalar que en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados y en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se establece el principio general de la inmunidad del Estado y se formulan disposiciones sobre las excepciones a ese principio. En cuanto al punto de vista según el cual la inmunidad no existe como norma general, véase, por ejemplo, el memorando de la Secretaría, primera nota del párrafo 215.

o una excepción a esa norma, es decir, la inexistencia de la inmunidad, y no la existencia de esa norma y, por consiguiente, la existencia de la inmunidad. Dado que la inmunidad se basa en el derecho internacional general, su ausencia (naturalmente, cuando en el caso concreto no se renuncia a la inmunidad) puede ser demostrada ya sea por una norma especial o por la existencia de la práctica y *opinio juris*, que demuestran que se han dado o se dan excepciones a la norma general. Es en esta consideración en que se basó el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica)³⁵. Por tanto no se puede convenir con las críticas formuladas contra este fallo en el sentido de que la Corte, en lugar de demostrar la existencia de la inmunidad, empezó por examinar la práctica de los Estados, las decisiones judiciales o los tratados internacionales, entre otros, para ver si existían pruebas de la ausencia de inmunidad³⁶. La Corte tampoco tenía que buscar pruebas para demostrar la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores, ya que, según la opinión prevaleciente, ésta era la norma existente. La Corte intentó demostrar la existencia de una norma sobre excepciones a la norma de la inmunidad, pero no lo consiguió.

19. Otra consideración preliminar que se desprende de las conclusiones arriba expuestas es que la inmunidad de un funcionario, ya sea un funcionario en ejercicio o un exfuncionario, no le pertenece al funcionario, sino al Estado. Por ejemplo, difícilmente podría decirse que goza de inmunidad un funcionario de un Estado que ha dejado de existir³⁷.

20. La última consideración preliminar es que el Relator Especial todavía no ve la necesidad de considerar la inmunidad de las medidas cautelares y la inmunidad de ejecución separadamente de la inmunidad de jurisdicción

³⁵ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 24, párr. 58.

³⁶ En su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la magistrada van den Wyngaert presenta esta crítica (ibíd., pág. 143, párr. 11). Frulli («The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes», párr. 3) presenta un análisis al respecto. En su opinión, la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores respecto de la jurisdicción extranjera sigue siendo objeto de controversia, al tiempo que la CIJ «no elaboró adecuadamente sus conclusiones sobre la existencia de reglas de derecho consuetudinario que otorguen dichas inmunidades absolutas a los ministros extranjeros [...]»; sus conclusiones no fueron confirmadas por la práctica de los Estados ni por la existencia de *opinio juris*, como se hizo con precisión en casos anteriores». Koller («Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court», pág. 15) también cuestiona la existencia de fundamentos para el reconocimiento de la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores, al señalar que la CIJ no demuestra la existencia de la norma correspondiente en el derecho internacional. «[L]a decisión de la Corte no deja claro por qué las funciones de los ministros extranjeros necesitan de tal inmunidad absoluta, en particular, en lo que respecta a visitas privadas a Estados extranjeros. La inmunidad de los jefes de Estado ante los tribunales extranjeros se deriva de la dignidad del Estado, no de las funciones del cargo. La Corte debe determinar un fundamento basado en las funciones a la medida en que dicha inmunidad se aplica a ministros extranjeros; no obstante, no resulta claro que dicho fundamento exista».

³⁷ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la causa *Honecker* (ex jefe de Estado de la República Democrática Alemana), de 1992, y sobre la causa contra los miembros del Gobierno de la ex República Democrática Alemana, que fueron declarados culpables de asesinatos, de 1996, así como la decisión del Tribunal Federal Supremo de Alemania sobre la causa relativa a los guardias fronterizos, de 1992 (véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), primera nota del párrafo 179).

penal en general³⁸. Desde el comienzo, en este estudio se entiende por jurisdicción penal la totalidad de actuaciones procesales penales que las autoridades aplican a un funcionario extranjero.

B. Inmunidad *ratione materiae*³⁹

21. La cuestión de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios de Estado que no sean los que forman parte de la denominada tríada fue examinada por la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia)⁴⁰. Se examinó la inmunidad del Fiscal General y del jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti. La Corte estimó que éstos eran altos funcionarios amparados por la inmunidad *ratione personae*. La Corte observó que

no existe en derecho internacional ninguna base que permita afirmar que los funcionarios del caso se puedan beneficiar de inmunidades personales, ya que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y que la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969, no resulta aplicable a este caso⁴¹.

Al constatar así que las personas no gozaban de inmunidad personal en este caso con arreglo al derecho internacional tanto consuetudinario como especial, la Corte no indicó expresamente que dichos funcionarios gozaran de inmunidad funcional. Por otra parte, de la lógica de lo expuesto en los párrafos 195 y 196 del fallo de la Corte se desprende que si Djibouti hubiese informado oportunamente a Francia de que los actos de dichas personas, que eran objeto de examen por parte de las autoridades francesas, eran actos de índole oficial, es decir, actos del propio Estado de Djibouti, y de que, por consiguiente, esas personas gozaban de inmunidad de la jurisdicción penal francesa respecto de esos actos, entonces podía plantearse la cuestión de que Francia garantizara el cumplimiento de las obligaciones que se desprendían de la inmunidad. En una formulación general al respecto, la Corte inclusive equiparó a los funcionarios con los órganos del Estado⁴². En el memorando de la Secretaría se presentan varios fallos de los tribunales en que se reconoce la inmunidad de los funcionarios con respecto a actos realizados con carácter oficial⁴³. Por lo visto, en la doctrina también existe consenso respecto de

³⁸ En la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y del jefe de gobierno en derecho internacional, se dedica una disposición separada a la inmunidad de ejecución («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», párr. 1). No obstante, el objeto de la resolución no es sólo la inmunidad de jurisdicción penal sino también de otros tipos de jurisdicción. En el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) también se señala que tal distinción se hace cuando se trata de otros tipos de jurisdicción, si bien se expresa asimismo la opinión de que la separación de la inmunidad de ejecución y la inmunidad de jurisdicción plantea algunas cuestiones específicas (párr. 230), y señala que tal vez valga la pena explorar una división de la inmunidad de ejecución en medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo (párr. 234).

³⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 154 a 212.

⁴⁰ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 243 y 244, párr. 194.

⁴² «El Estado que pretende invocar la inmunidad para uno de sus órganos debe informar a las autoridades del otro Estado de que se trate. Esto debería permitir a la jurisdicción del Estado del foro asegurarse de que no se viole el derecho de inmunidad, lo que podría provocar la responsabilidad del Estado» (ibíd., pág. 244, párr. 196).

⁴³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 169.

la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, a saber, todos los funcionarios del Estado, independientemente de su posición en la estructura de los órganos de poder del Estado⁴⁴.

22. Si se parte del supuesto de que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, entonces se debe responder a varias cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad. Se debe determinar qué actos pueden ser considerados actos de índole oficial, a diferencia de los actos de índole personal, si se trata de una inmunidad del Estado, y si su alcance es igual al de la inmunidad del Estado (en particular, si los funcionarios gozan de inmunidad respecto de actos de índole oficial *jus gestionis*). Es preciso aclarar si los actos *ultra vires* y los actos ilícitos pueden considerarse oficiales y si, en consecuencia, están abarcados en la inmunidad *ratione materiae*. Se debe resolver la cuestión de si los funcionarios gozan de inmunidad *ratione materiae* con respecto a actos realizados antes del período en que ejercieron el cargo, en el período en que ejercieron el cargo y después de haberlo ejercido. Es necesario comprender si la inmunidad *ratione materiae* depende del carácter de la estancia en el extranjero de la persona que goza de tal inmunidad en el momento en que se adopta la decisión de ejercer la jurisdicción penal extranjera respecto de esa persona. Cabe destacar que se trata en este caso de funcionarios que no gozan de inmunidad *ratione personae*. Es decir, que estos funcionarios no gozan de inmunidad de jurisdicción extranjera respecto de actos realizados a título privado. Al mismo tiempo, las respuestas a estas cuestiones se aplican también a los funcionarios de alto rango que gozan de inmunidad *ratione personae*. Además, se tratará aquí de la situación como regla general. La cuestión relativa a las posibles excepciones se examinará más adelante.

23. Al considerar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios, las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) convinieron en que, en general, los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad con respecto a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, ya que esos actos se consideran actos del propio Estado al que prestan servicios⁴⁵. Esta inmunidad, en esencia, se equipara a las partes que gozan de inmunidad del Estado⁴⁶. Al parecer, en este caso la Corte basó en este supuesto su fallo, en el que señaló que «tal reclamo [el reclamo reformulado de Djibouti de inmunidad de funciones con respecto al Fiscal General y al jefe del Servicio de Seguridad Nacional] es, en esencia, un reclamo de inmunidad del Estado de Djibouti, de los cuales el Fiscal General y el jefe del Servicio de Seguridad Nacional deberían poder beneficiarse»⁴⁷. Buzzini destaca esto en su

análisis del fallo⁴⁸. La Comisión también hizo referencia a esta cuestión en los comentarios que formuló hace casi 50 años respecto del proyecto de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción de los miembros del consulado:

La norma según la cual los miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción [...] del Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (actos oficiales) forma parte del derecho internacional consuetudinario. Esta exención constituye una inmunidad que se reconoce al Estado que envía por aquellos actos que corresponden a un Estado soberano. Por su naturaleza, tales actos están fuera de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil como de la penal o la administrativa. Como los actos oficiales no están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia, no pueden ser objeto de procedimiento penal⁴⁹.

⁴⁸ Buzzini, *loc. cit.*, págs. 462 y 463.

⁴⁹ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 130, párr. 2 del comentario al artículo 43. Esta opinión también está muy difundida en la doctrina. Por ejemplo, David (*Éléments de Droit Pénal International et Européen*, pág. 58) señala que «[l]a inmunidad de los agentes estatales no es más que una aplicación del principio de inmunidad de los Estados». Según Simbeye (*Immunity and International Criminal Law*, pág. 109), «[l]a conducta que se atribuye directamente a la acción del Estado es considerada como un acto del Estado. Dado que la persona en cuestión no comete esos actos en beneficio propio, los tribunales nacionales extranjeros deben otorgar inmunidad por tales actos. Aunque la persona en cuestión cometa el acto, debe considerarse que tiene inmunidad para el enjuiciamiento por esa conducta porque es su Estado el que ha actuado. El acto en sí mismo no es justiciable en un tribunal extranjero por un período indefinido». Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, pág. 103) observa que «[l]a inmunidad de funciones de (ex) funcionarios estatales extranjeros se enfoca a menudo como corolario de la regla de la inmunidad del Estado». A este respecto, la autora se basa en el conocido pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en la causa *Propend Finance c. Sing*: «La protección otorgada por la [Ley de inmunidad del Estado] a los Estados se vería socavada si los empleados, oficiales o [...] ‘funcionarios’ pudieran ser enjuiciados como particulares por asuntos concernientes a la conducta del Estado con respecto a los cuales el Estado para el cual oficinan tiene inmunidad. [Las disposiciones pertinentes de la Ley] deben leerse en el sentido de que otorgan a los empleados u oficiales particulares de un Estado extranjero la misma protección que se brinda al propio Estado» (ILR, vol. 611, pág. 669). No obstante, van Alebeek considera que «[l]a aplicación de la regla de la inmunidad del Estado a los funcionarios estatales extranjeros se puede explicar en diferentes términos. Como norma, los funcionarios estatales extranjeros no incurrir en responsabilidad personal por los actos cometidos bajo la autoridad de su Estado de origen» (*op. cit.*, pág. 106). «La responsabilidad no personal de los funcionarios estatales por actos cometidos en nombre del Estado puede verse como un principio autónomo que precede en su ejecución a la aplicación de la regla de la inmunidad del Estado por los hechos del caso» (*op. cit.*, pág. 107). El Relator Especial no está convencido de que tal comparación de planteamientos sea correcta, con mayor razón porque éstos dan lugar al mismo resultado. Más adelante, van Alebeek continúa: «En resumen, los funcionarios estatales extranjeros gozan de inmunidad con respecto a sus actos oficiales. Los actos cometidos en tanto mero ejecutor o portavoz de un Estado extranjero son actos de ese Estado más que actos personales de los actores. Ello así, los funcionarios del Estado no pueden ser tenidos por responsables por sí mismos» (*op. cit.*, pág. 112). Además, sólo puede hablarse de la «no responsabilidad de los funcionarios extranjeros» (más aún, como un principio) bajo ciertas condiciones. En el derecho, como ya se señaló en el informe preliminar, la inmunidad y la responsabilidad son esencialmente dos cosas distintas. El comportamiento oficial de un funcionario se atribuye desde luego al Estado, pero ello no significa que ese comportamiento no pueda atribuirse al mismo tiempo a esa persona. Por ejemplo, el Estado al cual la persona presta servicios sólo tiene que renunciar a la inmunidad para que el Estado extranjero tenga la posibilidad de ejercer jurisdicción penal sobre dicha persona. No obstante, van Alebeek (*op. cit.*) señala que no se puede invocar la inmunidad en esos casos. En primer lugar, no se puede declarar la inmunidad. En segundo lugar, qué se puede hacer respecto del ejercicio de la responsabilidad sobre la base del derecho internacional con la jurisdicción penal internacional por el mismo acto. ¿Acaso esto cambia la atribución o la clasificación de un comportamiento como oficial?

⁴⁴ Véase *ibíd.*, párrafo 166 y la segunda nota de ese párrafo.

⁴⁵ Véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), nota 163.

⁴⁶ «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 el ejercicio de sus funciones oficiales, es decir, en el desempeño de sus obligaciones» CIJ, CR 2008/3, 22 de enero de 2008, párr. 24. El consejero de Francia también abordó esta cuestión (véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), nota 163).

⁴⁷ *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 242, párr. 188.

24. El Relator Especial estima que es correcto utilizar el criterio de atribución de un comportamiento de un funcionario al Estado para determinar si el funcionario goza de inmunidad *ratione materiae* y cuál es el alcance de esa inmunidad⁵⁰. A este respecto, el Relator Especial considera que no existen razones objetivas para hacer una distinción entre la atribución de un comportamiento a efectos de determinar la responsabilidad, por un lado, y a efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente puede haber motivos para afirmar que, a efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el mismo acto del funcionario deba atribuirse al Estado y se considere al mismo tiempo un acto del funcionario mientras que, a efectos de la inmunidad de jurisdicción, el acto sólo se considere un acto del funcionario y no se atribuya al Estado.

25. La cuestión de determinar si el carácter del comportamiento de un funcionario es de índole oficial o personal y, por consiguiente, si ese comportamiento puede o no atribuirse al Estado, debería examinarse, por lógica, antes de examinar la cuestión de la inmunidad del funcionario en relación con dicho acto. Al formular observaciones sobre la cuestión relativa a la inmunidad en las funciones, en el párrafo 2 del artículo 39 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Denza señala que «la prueba correcta que debe aplicarse [...] es la de la imputabilidad. Si la conducta en cuestión es imputable o atribuible al Estado de envío —aun si no la ordenó o la sancionó expresamente— debe aplicarse la inmunidad continua *ratione materiae*»⁵¹.

26. En general, se reconoce que todo acto de un funcionario del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado⁵². Como observó la CIJ en el caso *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*

es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el comportamiento de cualquier órgano del Estado debe considerarse un comportamiento de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario⁵³.

En consecuencia, la cuestión es cuál comportamiento de un funcionario puede (o debe) considerarse de índole oficial y, por lo tanto, es atribuible al Estado, es decir, que debe considerarse un comportamiento del Estado, y cuál no puede considerarse como tal y puede (o debe) considerarse comportamiento de índole personal. Por lo tanto, se trata del criterio sobre la base del cual se puede determinar que el funcionario del Estado ha actuado como tal y no a título personal.

⁵⁰ Véase el párrafo 89 del informe preliminar (nota 4 *supra*), así como la conclusión que figura en el apartado *h* del párrafo 102. En este sentido, el Relator Especial comparte el punto de vista de la Secretaría respecto de la atribución, que se define en el párrafo 156 del memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*).

⁵¹ Denza, «*Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*», pág. 951. Véase también Denza, *Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*.

⁵² Véase el comentario de la Comisión sobre el artículo 4 (Comportamiento de los órganos del Estado) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 41 a 44.

⁵³ Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 62; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66.

27. La Comisión ya ha examinado también esta cuestión. En su comentario sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se señala:

Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal. A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado⁵⁴.

Por lo tanto, la Comisión es de la opinión de que para que los actos de un funcionario se consideren actos que éste ha realizado en su calidad de tal, es decir, actos oficiales, éstos tienen que haberse realizado de manera aparente en esa calidad o «bajo las apariencias de autoridad»⁵⁵. De todo esto se desprende que la caracterización del comportamiento de un funcionario como comportamiento oficial no depende de los motivos de la persona ni del contenido del comportamiento, sino que se define por el hecho de que el funcionario actúe como tal. Para juzgar si los actos

⁵⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 13 del comentario al artículo 4. Véanse los ejemplos de la distinción entre «la conducta no autorizada de un órgano del Estado y la conducta puramente privada» en las decisiones de arbitrajes internacionales. Un criterio un tanto diferente aplicó el tribunal japonés que entendió en las causas penales incoadas contra soldados estadounidenses que prestaban servicios en el territorio del Japón, a fin de determinar si los actos que eran objeto de examen se habían realizado con carácter oficial o personal. En su análisis, se consideró si esos actos se habían cometido en interés del servicio. Así, en la causa *Japan v. William S. Girard*, en los cargos formulados contra un soldado estadounidense de haber causado lesiones seguidas de muerte, el tribunal señaló que «[s]i bien el Tribunal está en condiciones de reconocer que el caso tuvo lugar mientras el acusado se encontraba en servicio oficial y que sucedió en el lugar de prestación del servicio, el caso no tiene conexión directa con la ejecución de la tarea de guardia de una ametralladora, de acuerdo a las órdenes de un oficial superior. [...] [E]l acto no fue cometido en el proceso de ejecución de un servicio oficial», y más adelante: «el acto sólo puede ser concebido como un comportamiento excesivo, [...] un acto simplemente cometido con el único propósito de satisfacer un capricho momentáneo del acusado» (Tribunal de Distrito de Maebashi, 19 de noviembre de 1957, *The Japanese Annual of International Law*, n.º 2 (1958), págs. 132 y 133). En el examen del recurso de apelación al fallo del Tribunal Superior de Osaka en la causa contra otro soldado de los Estados Unidos (a quien se le acusaba de haber infligido lesiones físicas durante un intento de violación), el Tribunal Supremo del Japón confirmó que «el juzgado de primera instancia juzga con razón que la disposición «en el ejercicio de un servicio oficial» del párrafo 3, apdo. a, inc. ii) del artículo XVII del Acuerdo Administrativo [dicho artículo del Acuerdo entre el Japón y los Estados Unidos establece la prioridad de la jurisdicción de los Estados Unidos en el caso de que un soldado estadounidense cometa un delito como resultado de acciones realizadas en el desempeño de sus funciones] debe interpretarse en el sentido de «en el curso de la prestación del servicio oficial» más que «en horario de servicio oficial»; y como se aplica al presente caso, la conducta del acusado, aunque se encontraba en horario de servicio oficial, fue de naturaleza privada e independiente de su servicio oficial, y en consecuencia no constituye una infracción «ocasionada por un acto u omisión cometido durante la prestación de un servicio oficial» (*Japan v. Dennis Cheney*, Tribunal Supremo del Japón, 3 de marzo de 1955, *ibíd.*, pág. 137).

Este criterio tiene sus seguidores en la doctrina. Simbeye (*op. cit.*, pág. 128), por ejemplo, observa que «[a] los efectos de actuar como órganos del Estado en sus funciones oficiales, los jefes de Estado y de gobierno deben actuar en consonancia con la posición de su Estado en un asunto dado, o actuar dentro de los límites de acción dados por el Estado. Sólo en este único y exclusivo caso sus actos serán considerados oficiales».

⁵⁵ Véase la nota precedente. Como señala van Alebeek (*op. cit.*, pág. 113), «[e]n general puede decirse que toda autoridad ostensible se acepta como autoridad real». Véase también Watts, «The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers», págs. 56 y 57.

de un funcionario son de carácter oficial o personal es necesario tener en cuenta las circunstancias de cada situación concreta⁵⁶.

28. Otra cuestión que debe considerarse es la de si la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que parece pertinente en el contexto de la inmunidad de los Estados, también se aplica en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Al señalar que en la doctrina existen opiniones encontradas sobre esta cuestión, la Secretaría concluye en su memorando que

parecería haber fundamentos razonables para considerar que un órgano del Estado que realice un acto *jure gestionis* que es atribuible al Estado está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto⁵⁷.

El Relator Especial puede convenir con esto. Como ya ha señalado la Comisión, a efectos de atribuir un comportamiento a un Estado «no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como ‘comercial’ o como *acta iure gestionis*»⁵⁸. En tal caso, el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de su funcionario no son iguales, pese a que se trata fundamentalmente⁵⁹ de la misma inmunidad. El funcionario que realiza un acto de índole comercial, cuando ese acto se atribuye al Estado, goza de inmunidad de jurisdicción extranjera, mientras que el propio Estado no goza de tal inmunidad con respecto a ese acto (si se trata de la jurisdicción civil o penal aplicable al funcionario, respecto del Estado sólo puede aplicarse la jurisdicción civil)⁶⁰.

29. Otra cuestión es si un comportamiento *ultra vires* o comportamiento ilícito puede atribuirse al Estado y, por consiguiente, quedar amparado por la inmunidad. Se debe establecer una distinción entre el concepto de «acto de un funcionario en su calidad de tal», es decir un «acto oficial», del concepto de «acto comprendido en las funciones oficiales». El primer concepto abarca al segundo, pero es más amplio. Ya en 1961, en su comentario sobre el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, de conformidad con el cual «[l]os miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción [...] del Estado de

residencia por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»⁶¹, la Comisión observó:

Según el parecer de algunos miembros de la Comisión, debía precisarse que sólo gozan de la inmunidad de jurisdicción los actos oficiales ejecutados dentro de los límites de las atribuciones consulares. La Comisión no pudo aceptar este parecer⁶².

Los actos realizados al margen de las funciones del funcionario que actúa en calidad de tal no se convierten en actos personales. Estos actos, si se realizan en el marco de las funciones, y adquieren, por ejemplo, carácter *ultra vires*, siguen siendo actos oficiales y, por consiguiente, se atribuyen al Estado. El artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos está dedicado a esa cuestión⁶³. Como señala la Comisión en el comentario al artículo 5 del mismo proyecto de artículos:

El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que regulan su actividad. En este último caso, no obstante, el órgano actúa en nombre del Estado⁶⁴.

En consecuencia, la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera se aplica a los funcionarios que han cometido tales actos. Como observa Buzzini:

La exclusión en términos generales de los actos *ultra vires* de la esfera de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera sería problemática puesto que podría conducir a desvirtuar completamente el propósito de tal inmunidad; en la mayoría de los casos, la conducta oficial que conlleva una infracción penal debería también probablemente considerarse como *ultra vires*⁶⁵.

⁶¹ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 130, artículo 43 (Inmunidad de jurisdicción).

⁶² *Ibid.*, pág. 131, párr. 3 del comentario al artículo 43. Más adelante, la Comisión agregó que «[e]n efecto, suele ser muy difícil establecer un límite preciso entre lo que es aún un acto oficial del funcionario consular que corresponde al ejercicio de las funciones consulares y lo que ya constituye un acto privado o una comunicación personal que excede esas funciones» (*ibid.*). Esto último sólo confirma la necesidad de evaluar las circunstancias de cada caso concreto.

⁶³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26:

«Artículo 7. *Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones*

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.»

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 13 del comentario al artículo 4. Véase también *ibid.*, pág. 48, párrs. 7 y 8 del comentario al artículo 7.

⁶⁵ Buzzini, *loc. cit.*, pág. 466. Al mismo tiempo se debe tener en cuenta la jurisprudencia nacional, que se basa en el enfoque contrario a los actos *ultra vires*. Ejemplo de ello es el del fallo de la Corte Suprema de Filipinas en la causa *United States of America and other v. Luis R. Reyes and others* (G. R. n.º 79253, 1.º de marzo de 1993). En esa causa se recurrió contra la decisión de la Corte de denegar la solicitud de los Estados Unidos de desestimar la demanda civil contra la parte demandada (una ciudadana estadounidense que estaba prestando servicios en una sección del Grupo Mixto de Asistencia Militar de los Estados Unidos). La solicitud se basaba en el argumento de que los Estados Unidos gozaban de inmunidad jurisdiccional respecto de esa demanda, así como en la inmunidad de enjuiciamiento de la parte demandada en razón de que los actos fueron cometidos por ella en el desempeño de sus funciones oficiales. Por su parte, el demandante insistía en que los actos cometidos por la parte demandada (inspección personal e inspección de un automóvil en presencia de personas ajenas y de forma discriminatoria) no formaban parte de sus funciones oficiales, constituían actos *ultra vires* y debían considerarse actos de índole privada. Los Estados Unidos alegaban que aun si el acto de la demandada «fue *ultra vires*, seguiría gozando de inmunidad contra

⁵⁶ «Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 13 *in fine* del comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos). Al mismo tiempo, no se puede soslayar el hecho de que en la doctrina no se ha llegado a un consenso a este respecto. Está muy difundida la opinión de que al menos debe tenerse en cuenta el contenido del comportamiento para determinar el carácter oficial de ese comportamiento y para resolver la cuestión de su atribución al Estado. A este respecto, véase el debate sobre los actos que constituyen delitos en virtud del derecho internacional, así como sobre las circunstancias que excluyen la inmunidad de los funcionarios (párrs. 57 y ss., *infra*)

⁵⁷ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 161.

⁵⁸ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 6 del comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁵⁹ Cabe destacar que en el pasaje del fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) que se presenta en el párrafo 23 *supra*, la CIJ emplea las palabras «en esencia». Véase también la nota 47 *supra*.

⁶⁰ A este respecto, cabe recordar que, tal como se señala en el informe preliminar (nota 5 *supra*), párr. 89, esto no significa que dicho acto no pueda atribuirse simultáneamente al funcionario.

30. Difícilmente se puede convenir en que el comportamiento de un funcionario que está fuera de los límites de las funciones del Estado pueda considerarse igual al comportamiento de ese Estado aunque, dado que dicho comportamiento escapa al ámbito de las funciones del Estado, no esté comprendido en la inmunidad⁶⁶. Este punto de vista se justifica por que la inmunidad del Estado y sus funcionarios tienen por objeto defender las funciones soberanas del Estado, y la inmunidad no puede aplicarse a los actos que no caen dentro del ámbito de las funciones del Estado⁶⁷. Ahora bien, la inmunidad protege la función soberana en sí —ésta ya sería simplemente una abstracción que no guarda relación alguna con la realidad— y, como se ha señalado más arriba, la soberanía propiamente dicha y a quien la ostenta —el Estado— de la injerencia extranjera⁶⁸.

31. La inmunidad *ratione materiae* se extiende también a los actos cometidos por un funcionario en su calidad de tal, y que constituyen delitos. Este razonamiento, al parecer, también se aplica a los actos *ultra vires* de los funcionarios. Los actos ilícitos que un funcionario ejecuta en su calidad de tal constituyen actos oficiales, es decir, actos del Estado. En el Canadá, como señaló el Tribunal de Apelación de Ontario en el fallo de la causa *Jaffe*, en que se hacía referencia a actos ilícitos cometidos por funcionarios de los Estados Unidos, «[I]a naturaleza ilegal y dolosa de los actos alegados no coloca por sí misma a las acciones fuera del ámbito de los servicios oficiales de los demandados»⁶⁹. Como señaló Watts en relación con la cuestión de la inmunidad de los exjefes de Estado,

(Continuación de la nota 65.)

un enjuiciamiento ya que la regla de que los oficiales o empleados públicos pueden ser enjuiciados en su capacidad personal por actos *ultra vires* y torticeros es 'derecho nacional' y no es aplicable en derecho internacional. Se alega que la aplicación de la doctrina de la inmunidad no afecta la ilegalidad del acto u omisión atribuible al nacional extranjero, si fuere el caso; el concepto de inmunidad carecería de sentido si la determinación de la ilegalidad o ilicitud del acto u omisión tuviera que ser hecha primero, antes de considerar la cuestión de la inmunidad; en otras palabras, la inmunidad existirá sólo si tal acto u omisión fuera encontrado legal». Sin embargo, la Corte no consideró convincentes los argumentos presentados por los Estados Unidos y desestimó el recurso, señalando que «[I]a protección otorgada a los oficiales y agentes del gobierno desaparece en el momento en que son enjuiciados en su capacidad individual. Esta situación a menudo se presenta en los casos de actos públicos oficiales llevados a cabo sin autoridad o en exceso de los poderes concedidos. Es un principio bien establecido del derecho que un funcionario público podría ser responsable en su capacidad privada por cualquier daño que haya causado con su conducta si fuera cometido con dolo y mala fe, o más allá del alcance de su autoridad o jurisdicción» (*Philippine Laws and Jurisprudence Databank*).

⁶⁶ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 206, última nota.

⁶⁷ Stern, por ejemplo, señala que «las inmunidades u otras doctrinas de protección del Estado y sus representantes fueron elaboradas para proteger la función soberana y nada más que eso: debe excluirse del beneficio de esta protección todo lo que no concierna a dicha función soberana» («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», pág. 516).

⁶⁸ Es importante la cuestión de quién desempeña el papel decisivo en la determinación de si los actos se han cometido a título oficial o personal. ¿Es suficiente que el Estado al que el funcionario presta servicios notifique al Estado que ejerce la jurisdicción que los actos se han realizado con carácter oficial? ¿Es necesario que ello se demuestre ante un tribunal y, por consiguiente, la función decisoria corresponda al tribunal? ¿Existe acaso una respuesta general a estas preguntas para todos los casos, o la respuesta depende de las circunstancias concretas de cada caso? Estas cuestiones se examinan de forma más detallada en la parte del informe preliminar dedicada a los aspectos procesales de la inmunidad.

⁶⁹ Canadá, Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), ILR, vol. 95, pág. 460.

[un] jefe de Estado puede claramente cometer un delito a título personal; sin embargo, también parece igualmente claro que, en el transcurso de sus funciones públicas de jefe de Estado, puede incurrir en conductas que pueden estar viciadas por el delito u otras formas de actos ilícitos. La prueba crítica parece ser si la conducta en que se incurrió fue o no en ostensible ejercicio de la autoridad pública del jefe de Estado. En este caso se la debe considerar como conducta oficial, y de lo contrario, como un asunto sujeto a la jurisdicción de otros Estados *sea o no* que esta conducta fuera ilícita o ilegal según la ley de su propio Estado⁷⁰.

La afirmación de que la inmunidad no se aplica a tales acciones hace de la propia idea de la inmunidad un sentido. La cuestión del ejercicio de la jurisdicción penal respecto de cualquier persona, incluido un funcionario extranjero, se plantea sólo cuando existen sospechas de que su comportamiento es ilícito y, más aún, constituye delito. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es necesaria. Como se señala en el memorando de la Secretaría,

[s]i se considerara que los actos ilícitos o delictivos, como cuestión de principio, son «no oficiales» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, la propia noción de «inmunidad» quedaría despojada de gran parte de su contenido⁷¹.

32. Dado que la inmunidad *ratione materiae* protege al funcionario únicamente respecto de los actos que éste

⁷⁰ Watts, *loc. cit.*, págs. 56 y 57. Todas las consideraciones presentadas por Watts se refieren a otros funcionarios de Estado.

⁷¹ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 160 (véase asimismo la nota). Véase también la posición de los Estados Unidos en la causa *Reyes* (nota 65 *supra*). Entre otras cosas, cabe observar que los expertos que argumentan en favor de la inmunidad de los funcionarios en relación con la comisión de actos delictivos, en su mayoría limitan el ámbito de estos actos a los delitos tipificados en el derecho internacional, es decir, a los delitos más graves. Véase, por ejemplo, Simbeye, *op. cit.*, pág. 127: «Los funcionarios del Estado, incluidos los jefes de Estado o de gobierno, pueden cometer delitos mientras están en funciones. Sin embargo, es discutible que la comisión de ciertos actos pueda excluir a un individuo de ser considerado como órgano del Estado a los fines del derecho internacional. Si un individuo comete un delito internacional no puede ser considerado como que actúa en tanto órgano del Estado ni bajo la legislación nacional ni bajo el derecho internacional» (ibíd., pág. 127). Simbeye prosigue: «En materia de derecho penal internacional, los Estados, en tanto entidades abstractas, no pueden condenar o sancionar una conducta como punible bajo la jurisdicción penal, ni tampoco ejecutar tales actos por sí mismos. [...] [E]n una situación en que las normas consuetudinarias prohíben ciertos actos o existe un tratado ratificado por el Estado en cuestión, la imputabilidad es imposible» (ibíd. pág. 129). Stern también considera que «no deben permitirse las inmunidades para proteger a un Estado o a sus representantes en casos penales ni en casos civiles en que se hubiera cometido un delito internacional, puesto que ese acto debe ser considerado fuera de las funciones del Estado» («Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?», págs. 448 y 449). No obstante, aclara que «[s]i se considera que los actos oficiales gozan de inmunidad, debe concederse que no es porque un acto sea ilegal que *ipso facto* deje de ser considerado como un acto oficial: si esto fuera cierto, la institución de la inmunidad no tendría sentido, ya que fue precisamente instituida para proteger al jefe de Estado del enjuiciamiento» (Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?», pág. 99). Sin embargo, al parecer, incluso en los casos mencionados, los actos realizados por una persona a título oficial se atribuyen al Estado con todas las consecuencias del caso. A este respecto véase Dominicé («Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», págs. 304 y 305): «Algunos jueces declararon [en el caso *Pinochet*] que no es función de un jefe de Estado ordenar actos de tortura manifiestamente contrarios al derecho internacional. [...] Ello significaría que el derecho internacional modifica las atribuciones constitucionales de un jefe de Estado. ¿Y con qué criterio? ¿Según que el acto sea o no contrario al derecho internacional? Esta construcción no es satisfactoria. Un acto de función es un acto de función, aun si es contrario al derecho internacional. En esta hipótesis, conlleva la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de la del individuo-órgano».

realiza en su calidad de tal, esa inmunidad no abarca los actos realizados por esa persona a título personal, antes de asumir el cargo. Esos actos no son actos atribuibles al Estado y tampoco adquieren ese carácter cuando esa persona empieza a ejercer una función pública.

33. A la inversa, en el caso de un exfuncionario que gozaba de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados en el ejercicio de su cargo, esos actos no dejan de considerarse actos del Estado porque el funcionario haya cesado en el cargo y, por consiguiente, éste continúa gozando de esa inmunidad, que constituye en esencia una inmunidad del Estado⁷².

34. De tal razonamiento se desprende también que el carácter de la estancia de un funcionario o un exfuncionario en el extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción, difícilmente podría influir en la inmunidad *ratione materiae*. Por lo visto, esa persona gozará de inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con los actos que haya realizado en su condición de funcionario, independientemente de si se encuentra en el extranjero en una visita oficial o de viaje con fines personales⁷³.

C. Inmunidad *ratione personae*⁷⁴

35. Esta sección del presente informe trata únicamente sobre la cuestión del alcance de la inmunidad *ratione personae* y no examina la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de la misma. El Relator Especial parte del supuesto de que la denominada tríada (el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores) y algunos otros altos funcionarios del Estado gozan de tal inmunidad.

36. Como se señaló en el informe preliminar:

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 desempeño⁷⁵.

⁷² Según Cassese, la inmunidad «no cesa cuando finalizan las funciones oficiales del agente del Estado (la razón es que como el acto se atribuye legalmente al Estado, cualquier responsabilidad jurídica sólo puede atribuirse al Estado)» («When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case», pág. 863). O'Donnell (*loc. cit.*, págs. 384 y 385) señala que «[c]uando [un agente diplomático] deja el servicio, la inmunidad cesa con respecto a los actos privados (inmunidad *ratione personae*, o inmunidad personal), pero continúa para los actos oficiales. La protección limitada de la inmunidad *ratione materiae*, o inmunidad de funciones, acordada a los actos oficiales proviene del convencimiento de que 'los actos del embajador se atribuyen a su gobierno, más que a una elección personal'». La autora cita a Michael A. Tunks, «Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pág. 651.

⁷³ Además de gozar de la inmunidad *ratione materiae*, los funcionarios que se encuentren en el extranjero en visita oficial también gozan, desde luego, de inmunidades basadas en otras normas del derecho internacional, por ejemplo, las normas que rigen el estatuto de los miembros de misiones especiales o de las delegaciones en los órganos de las organizaciones internacionales. Por supuesto, en el caso de un exfuncionario que visita un Estado extranjero ya no se plantea la cuestión del carácter de su visita, puesto que esa visita no puede considerarse oficial. A su vez, esto no afecta a la inmunidad *ratione materiae*.

⁷⁴ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 94 a 153.

⁷⁵ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 79; véase también el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 137.

La existencia de esta inmunidad se explica por la importancia que el Estado atribuye al ejercicio de su soberanía, así como a la representación del funcionario en cuestión en las relaciones internacionales⁷⁶. Desde este punto de vista, en la actualidad existe una paridad en la importancia de los cargos de jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y, posiblemente, de algunos otros funcionarios, y la del cargo de jefe de Estado. Por ello, al parecer, carece de sentido, al menos en la etapa actual de trabajo sobre este tema, examinar por separado el alcance de la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y otros funcionarios que puedan gozar de esta inmunidad⁷⁷.

37. Como se señala en el memorando de la Secretaría:

El alcance material de esta inmunidad está bien establecido tanto en las decisiones judiciales como en la doctrina, que a menudo expresan esta idea calificando a la inmunidad *ratione personae* como «completa», «plena», «integral» o «absoluta»⁷⁸.

En cuanto a su alcance, esa inmunidad de jurisdicción penal extranjera se compara frecuentemente con la inmunidad análoga otorgada por el Estado a los jefes de misiones diplomáticas u otros agentes diplomáticos con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁷⁹ y al derecho internacional consuetudinario, o a los representantes del Estado que envía y a los miembros del personal diplomático de las misiones especiales con arreglo a la Convención sobre las Misiones Especiales. Ésta puede considerarse como complementaria a la inmunidad *ratione materiae* o como que abarca la inmunidad *ratione materiae*, ya que, mientras la persona ocupa un alto cargo, abarca, además de los actos realizados a título oficial, los actos realizados a título personal, tanto durante el período en que la persona ocupa el cargo como antes de éste. Al estar vinculada a determinado alto cargo, la inmunidad personal es de carácter temporal y termina cuando deja de ocuparse el cargo⁸⁰. Por lo tanto, al parecer, tampoco influyen en la inmunidad *ratione personae* ni el hecho de que los actos en relación con los cuales se ejerce la jurisdicción hayan sido cometidos por el funcionario al margen del ejercicio de sus funciones ni la índole de su estancia en el extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción⁸¹.

⁷⁶ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 93.

⁷⁷ Al referirse a la forma en que la CIJ, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, explica el alcance de la inmunidad *ratione personae* con respecto a un ministro de relaciones exteriores, la Secretaría señala en su memorando (nota 5 *supra*), párr. 138: «Podría hacerse la misma afirmación, *mutatis mutandis*, para describir y explicar la posición del jefe de Estado, el jefe de gobierno o cualquier otro funcionario que goce de la misma inmunidad».

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 137.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 139. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. Francia*), la CIJ recordó que «la regla de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, es necesariamente aplicable a los jefes de Estado» (*C.I.J. Recueil 2008*, pág. 238, párr. 174).

⁸⁰ Véase el informe preliminar (nota 4 *supra*), párrs. 79 a 83.

⁸¹ Se han expresado también otras opiniones distintas a este respecto. Por ejemplo, en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se señala que «si [el ministro de relaciones exteriores] tiene también derecho a las inmunidades durante sus viajes privados, y cuál es el alcance de esas inmunidades eventuales, resulta mucho menos

D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado

38. En el marco de este tema, por jurisdicción penal se entiende no sólo la etapa judicial del proceso penal, sino todo el conjunto de actuaciones procesales penales que el Estado adopta contra el funcionario extranjero. Como se señala en el informe preliminar,

[I]a inmunidad de jurisdicción 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)⁸².

Esto distingue sustantivamente ese tema de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción civil.

39. A la cuestión de si la inmunidad protege a un funcionario de toda medida que pudiera ser adoptada en el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, o si sólo lo protege contra algunas de ellas, se debe añadir la cuestión de si tales medidas pueden aplicarse a un funcionario cuando éste no es un sospechoso sino que participa en la causa penal en otra capacidad, en particular, como testigo.

40. En su fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ concluyó que

las funciones de un ministro de relaciones exteriores son tales que, durante toda la duración de su función, beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad totales en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra todo acto de autoridad de parte de otro Estado que obstaculizara el ejercicio de sus funciones⁸³.

Más adelante la Corte añade:

Así pues, si un ministro de relaciones exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de una imputación cualquiera, se encontrará claramente impedido de ejercer las tareas inherentes a sus funciones. [...] Además, el simple hecho de que un ministro de relaciones exteriores que se dirija a otro Estado o que lo atraviese pueda verse expuesto a un procedimiento judicial, puede disuadirlo a desplazarse al extranjero en los casos en que debe hacerlo para cumplir sus funciones⁸⁴.

(Continuación de la nota 81.)

claro» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 88, párr. 84). Watts establece una distinción entre las visitas oficiales y privadas de los jefes de Estado a un Estado extranjero desde el punto de vista del alcance de la inmunidad. Entre otras cosas, Watts expresa dudas respecto de si un jefe de Estado goza de inmunidad durante una visita privada en los tres casos que constituyen excepciones a la inmunidad del agente diplomático de conformidad con el artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (demandas relativas a bienes inmuebles, a cuestiones de sucesión y a actividades realizadas al margen de las funciones oficiales). También observa que un jefe de Estado «no puede ser enjuiciado con respecto a [...] actos oficiales mientras esté en servicio, o aun después de que haya cesado su servicio, y debe concedérsele también inmunidad con respecto a tales actos en sus viajes privados» (*loc. cit.*, pág. 74).

⁸² Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 66.

⁸³ Fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 55. Al aplicar este criterio, la CIJ llegó a la conclusión de que la orden de detención violaba la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. Las conclusiones de la Corte a ese respecto coinciden en gran medida con los argumentos planteados en la causa por la parte de la República

Así, la CIJ, en las circunstancias de dicha causa (recuérdese que se trataba de determinar la legalidad de una orden de detención emitida contra un ministro de relaciones exteriores de otro Estado), formuló criterios para resolver la cuestión de si es posible aplicar determinada medida de procesamiento penal contra un funcionario extranjero: el Estado que ejerce o que tienen la intención de ejercer la jurisdicción penal respecto de un funcionario extranjero no puede llevar a cabo actuaciones procesales penales que impidan que esa persona cumpla sus funciones. (Cabe observar que este criterio fue determinado por la Corte en relación con el ministro de relaciones exteriores implicado en dicha causa.)

41. Este criterio fue desarrollado en cierta medida en el fallo de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. Al examinar la cuestión de si el hecho de que se cite o se requiera la comparecencia de un jefe de Estado como testigo en una causa penal constituye una violación de la norma relativa a la inmunidad de los jefes de Estado, la Corte, basándose en la posición expuesta más arriba en el fallo del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, observó que «[p]ara determinar si hubo o no un atentado a la inmunidad del jefe de Estado se debe verificar si éste fue objeto de un acto apremiante de autoridad»⁸⁵. Basándose en ese criterio, la Corte llegó a la conclusión de que

La citación dirigida por el juez de instrucción francés [...] al Presidente de la República de Djibouti no estaba asociada a medidas coercitivas [...]; en efecto, se trataba de una simple invitación a testificar, que el jefe de Estado podía aceptar o rechazar libremente. En consecuencia, Francia no atentó contra las inmunidades de jurisdicción penal de que goza el jefe de Estado, puesto que *no se le impuso ninguna obligación** en el marco de la instrucción del asunto *Borrell*⁸⁶.

Democrática del Congo, pese a que, al parecer, la Corte limita el conjunto de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad, mediante la introducción del criterio señalado. En su memoria de 15 de mayo de 2001, la República Democrática del Congo, entre otras cosas, señala: «La inviolabilidad y la inmunidad son en efecto *funcionales*, en el sentido de que son acordadas automáticamente por el derecho internacional general a la persona que se beneficia de ellas como consecuencia de las funciones oficiales que ejerce y con el objeto de permitirle el buen desempeño mediante su protección contra *toda* injerencia extranjera no autorizada por el Estado que esa persona representa» (párr. 47). En lo que respecta a la propia orden de detención, añade: «El simple temor de la ejecución de una orden de arresto tiene el efecto de limitar los desplazamientos al extranjero del ministro imputado, ocasionando así un perjuicio a la buena marcha de las relaciones internacionales de su Estado que los principios de inviolabilidad e inmunidad tienen el fin de proteger» (párr. 52).

⁸⁵ *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 237, párr. 170.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 237, párr. 171. Francia adoptó una posición similar al señalar que «la limitación de la libertad de acción necesaria a un jefe de Estado para poder ejercer sus funciones tiene, por sí sola, el carácter de desconocer la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de que goza» (*ibid.*, pág. 236, párr. 167). En su contramemoria de 13 de julio de 2007, Francia señala que «en general, una solicitud de testimonio dirigida al representante de una potencia extranjera no tiene [...] carácter obligatorio y se trata de una simple invitación, que no atenta contra la inmunidad de jurisdicción penal ni la inviolabilidad de que benefician los jefes de Estado extranjeros, lo que Francia reconoce sin reservas» (párr. 4.41, apdo. iii). A su vez, en su memoria de 15 de marzo de 2007, Djibouti, al reconocer que una citación para prestar testimonio es distinta de una orden de detención (en relación con el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*), observó que por sí solo un requerimiento de comparecencia ante el tribunal ya constituye una violación de la inmunidad («Es cierto que una citación para testificar no es de por sí un acto coercitivo comparable a una orden de detención, pero igualmente no hay dudas de que tiene un componente coercitivo, del propio hecho de que la intimación a comparecer se dirige a la persona convocada: tal

Por consiguiente, la Corte precisó que una medida de procedimiento penal contra un funcionario extranjero violaba su inmunidad si ésta entorpecía o impedía que esa persona ejerciera sus funciones al imponerle obligaciones⁸⁷.

42. Al aplicar ese criterio, la CIJ redujo el ámbito o el alcance de la inmunidad en comparación, por ejemplo, con el fallo del tribunal de la República Federal de Alemania en la causa *Honecker*, de 1984, según el cual «[t]oda consulta o investigación por parte de la policía o el ministerio público es [...] inadmisibles»⁸⁸. Es evidente que, en los casos en que se aplica el criterio formulado por la Corte, la inmunidad está lejos de impedir la aplicación de todas las medidas procesales penales contra un funcionario extranjero, e impide únicamente aquellas que imponen a la persona una obligación jurídica, es decir, que pueden estar acompañadas de sanciones por su incumplimiento, o de medidas restrictivas o coercitivas. Por ejemplo, el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal no sólo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, no puede considerarse una violación de la inmunidad si ello no le impone alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable⁸⁹.

intimación también contradice la inmunidad de jurisdicción. Las dos citaciones para prestar testimonio en el asunto *Borrel* atentan contra su inmunidad aunque no se trate de actos coercitivos de la misma naturaleza que una orden de detención» (párr. 135).

⁸⁷ El hecho de que la inmunidad impide la adopción de medidas coercitivas contra un jefe de Estado fue abordado por las partes en el caso de la CIJ *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia). Véase, por ejemplo, la demanda del Congo de 11 de abril de 2003, pág. 15; declaración del representante de Francia, R. Abram, de 28 de abril de 2003: «[E]n cualquier caso, las inmunidades de que gozan los jefes de Estado extranjeros serían contrarias a que se aplicaran medidas coercitivas en su contra» (CR 2003/21, pág. 15, párr. 31).

⁸⁸ Tribunal Supremo Federal (Segunda Cámara Criminal), fallo de 14 de diciembre de 1984, I.L.R., vol. 80 (1989), pág. 366.

⁸⁹ Como indica David, *op. cit.*, pág. 123, «[c]omo el simple hecho de comenzar una instrucción no entorpece de ninguna manera el ejercicio de las funciones, esta instrucción es compatible con la inmunidad de jurisdicción». Como se señala en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el caso de la CIJ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «comenzar una investigación sobre la base de la cual ulteriormente podría librarse una orden de detención no viola en sí esos principios [los principios de inviolabilidad o inmunidad de las personas en cuestión]. La función del derecho internacional de las inmunidades no exige a los Estados que no estén informados» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 80, párr. 59). A este respecto, se plantea la cuestión de si la inmunidad impide las actuaciones que no imponen una obligación directa a una persona que goza de ésta pero que la limitan de alguna manera. Por ejemplo, ¿es legítimo incautar sus bienes personales, en particular, sus cuentas bancarias (por ejemplo, las utilizadas para transacciones ilícitas) o vehículos (por ejemplo, en el caso de que el presunto delito se hubiera cometido en ese vehículo)? Tales medidas serían legítimas.

Al parecer, la CIJ mantiene esta posición en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), en el que la Corte, tras examinar la cuestión de las medidas provisionales, las denegó al considerar que no concurrían circunstancias que exigieran que Francia prohibiera la investigación respecto de los funcionarios del Congo, incluido el Presidente del Congo. Se llegó a esa conclusión, en particular, sobre la base de que el Congo no había presentado pruebas de que se hubiera violado la inmunidad del jefe de Estado como consecuencia de la investigación (en circunstancias en que Francia no había adoptado ninguna medida de carácter vinculante o que impidiera que el Presidente cumpliera sus obligaciones). Pese a que dicha decisión no predetermina la decisión de la Corte sobre el fondo del caso, ésta es significativa aunque sea sólo porque no excluye la posibilidad de continuar los procedimientos de investigación (medida precautoria, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 102).

43. Según este enfoque de la inmunidad, un Estado que tiene razones fundadas para suponer que un funcionario extranjero ha cometido un acto punible con arreglo a su legislación, puede proceder, al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos, o pruebas materiales, entre otros), aplicando al funcionario extranjero medidas que no son de carácter vinculante ni compulsorio⁹⁰. Después de esta etapa, en particular, se puede juzgar, con mayor o menor certeza, si esa persona estuvo o no involucrada (y si lo estuvo, en qué medida) en la comisión del presunto delito, o si los actos de esa persona deben considerarse de carácter oficial, entre otros. Si hay suficientes motivos para suponer que el funcionario extranjero estuvo involucrado en el delito, entonces, dependiendo de las circunstancias, el Estado que ejerce la jurisdicción tendrá la opción de adoptar nuevas medidas que no sean violatorias de la inmunidad de dicho funcionario. Por ejemplo, puede informar al Estado extranjero interesado de las circunstancias del caso, sugerirle que renuncie a la inmunidad del funcionario; puede formular una solicitud de asistencia jurídica en relación con esa causa penal; o puede transmitir a ese Estado los materiales reunidos en la investigación preliminar o la causa penal incoada, después de proponerle que incoe una acción penal contra el funcionario en cuestión. Si se trata de un delito que recayera dentro de la jurisdicción de un tribunal penal internacional o de la Corte Penal Internacional, ese enfoque permitiría transmitir los materiales acopiados a la estructura a la que correspondiera ejercer la jurisdicción penal internacional. Por último, después de reunir las pruebas, y absteniéndose de tomar nuevas medidas que la inmunidad pudiera impedir, podría esperar hasta que cesara de aplicarse la inmunidad para incoar la acción penal contra la persona en cuestión (cuando se tratase de actos que hubieran sido cometidos con carácter privado por personas que gozaran de inmunidad personal, antes de asumir el cargo o mientras lo ocupaban).

44. Como señala con razón Buzzini «el criterio aplicado por la Corte parece ser convincente»⁹¹. Igualmente convincente le parece la opinión de la CIJ de que

el concepto de «acto coercitivo de autoridad» no sólo cubre aquellos actos que se dirigen contra funcionarios del Estado acusados de actos criminales, sino también a ciertos actos —como las citaciones para prestar testimonio u otros mandamientos— que pueden notificarse en relación con un procedimiento judicial a particulares que no se encuentran acusados (o no lo están por el momento) de actos criminales⁹².

Véase, sin embargo, la posición de Watts: «Un jefe de gobierno o un ministro extranjero que en ocasión de una visita oficial a otro Estado es objeto de procedimientos legales en ese Estado probablemente vea menoscabadas seriamente sus capacidades para desempeñar sus funciones. Aun el riesgo de que una visita a otro Estado pueda facilitar que se incoen procedimientos judiciales en su contra pueden disuadirlo de realizar la visita, con el perjuicio de esa conducta para los asuntos internacionales de su Estado» (*loc. cit.*, pág. 106).

⁹⁰ O'Donnell (*loc. cit.*, pág. 396) comenta así la decisión de la CIJ sobre de la medida precautoria en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*: «Al tiempo que reconoce estrictamente la inviolabilidad de un jefe de Estado ante el enjuiciamiento mientras esté en funciones, la CIJ aumenta las oportunidades de las víctimas de abuso de los derechos humanos de preparar con éxito un caso contra un funcionario mientras la prueba es reciente y los testigos todavía están en vida o son localizables. Así pues, una vez que el funcionario cesa en sus funciones oficiales y ya no se encuentra protegido por una impenetrable inmunidad, puede ser objeto de enjuiciamiento, dependiendo de los reclamos y las pruebas en el asunto».

⁹¹ *Loc. cit.*, pág. 476.

⁹² *Ibid.*

El criterio formulado por la Corte parece en efecto plenamente convincente en el caso de los funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae* que son sospechosos o que han sido citados a comparecer como testigos en una causa penal. No obstante, la cuestión relativa a los funcionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae* requiere una aclaración más detallada.

45. El funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* está protegido contra las medidas de procedimiento penal respecto de actos que haya cometido en el desempeño de sus funciones oficiales. Por lo tanto, cabe suponer que no se le pueden aplicar medidas de carácter restrictivo únicamente en relación con el presunto delito cometido por esa persona al realizar tales actos.

46. Un exfuncionario, naturalmente, ya no cumple funciones oficiales. Por lo tanto, a este respecto no es necesario afirmar que la inmunidad *ratione materiae* de que todavía goza lo protege de medidas de procedimiento penal que entorpezcan o impidan el cumplimiento de sus funciones en ese momento. Sólo puede decirse que la ausencia de ese tipo de protección después de que la persona ha cesado en el cargo impediría que el funcionario cumpliera sus funciones con independencia en el período de ejercicio del cargo. A este respecto, reviste especial importancia la aclaración de la CIJ de que se trata de la protección contra medidas de procedimiento penal que imponen obligaciones a la persona a la cual se aplican dichas medidas. Es importante para los Estados que, a efectos de salvaguardar su soberanía e igualdad de derechos, sus funcionarios no estén expuestos a medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero que les impongan obligaciones en relación con sus actividades oficiales, no sólo durante el período en que realicen esas actividades sino también después de éste. De esta manera, un exfuncionario, al igual que un funcionario en ejercicio, que goza de inmunidad *ratione materiae*, está amparado por la inmunidad de las obligaciones que imponen las medidas de procedimiento penal en relación con un presunto delito cometido por esa persona en el desempeño de sus funciones oficiales. Naturalmente, el Relator Especial se refiere a la inmunidad respecto de la comparecencia como testigo. Una invitación para prestar declaración, que a diferencia de una citación de comparecencia como testigo, no impone al funcionario ninguna obligación jurídica y, por tanto, puede ser rechazada sin que el funcionario sufra ninguna consecuencia jurídica perjudicial, no viola la inmunidad del funcionario y constituye una medida procesal legítima⁹³.

47. La situación respecto de la inmunidad de un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* de ser citado a comparecer como testigo merece comentarios adicionales. Obviamente, en principio, se puede citar a un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* para que comparezca como testigo si es necesario su testimonio sobre los actos cometidos por otras personas o por el propio funcionario con carácter privado (desde luego, si esa citación no limita a esa persona en el desempeño de sus actividades oficiales). Pero ¿cuál es la situación cuando se trata de prestar testimonio sobre actos cometidos por el

propio funcionario en activo o exfuncionario, o por otra persona?

48. Una de las cuestiones que se plantearon en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia) fue la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de Djibouti que gozaban de inmunidad *ratione materiae* a ser citados para comparecer como testigos⁹⁴. Djibouti señaló que, a fin de asegurarse de que los dos funcionarios de Djibouti habían actuado a título oficial y de que, en consecuencia, gozaban de inmunidad de ser citados para comparecer como testigos en relación con tales actos, era preciso comprobar concretamente en qué capacidad, oficial o privada, se habían realizado esos actos⁹⁵. En respuesta a este planteamiento, la CIJ observó que

no se había «verificado concretamente» ante ella [la Corte] que los actos al origen de las citaciones para testificar dirigidas a los interesados en calidad de testigos asistidos por Francia eran efectivamente hechos consumados en el marco de sus funciones en tanto órganos del Estado⁹⁶.

Éste fue uno de los motivos por los cuales la Corte no reconoció la inmunidad del Fiscal General de Djibouti y del jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti de ser citados para comparecer como testigos ante un tribunal francés. En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la Corte en este caso, puede hablarse de la inmunidad *ratione materiae* de que goza un funcionario de ser citado para comparecer como testigo cuando se cita a esa persona para que preste declaración sobre actos cometidos por ésta dentro de los límites de sus obligaciones como órgano del Estado.

49. Este criterio es comprensible y suficiente en las circunstancias del caso examinado por la CIJ. Sin embargo, ¿sería suficiente si se tratara de una citación emitida a un funcionario que gozara de inmunidad *ratione materiae* para comparecer como testigo ante un tribunal extranjero, y no en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones dentro del ámbito de sus obligaciones sino con actos *ultra vires* o actos realizados por otras personas?

50. Al parecer, la misma lógica que se aplica a la citación de tal funcionario para comparecer como testigo en relación con actos *ultra vires* cometidos por él mismo puede aplicarse también a su inmunidad respecto de tales actos. En consecuencia, se puede suponer que la inmunidad debe brindar protección contra tal citación para comparecer como testigo.

51. Además, parece que cuando se trata de prestar testimonio en relación con actos de otras personas, hechos o acontecimientos, de los cuales el funcionario haya tomado conocimiento en el desempeño de sus funciones oficiales, la inmunidad *ratione materiae* protegerá al funcionario de toda obligación que un Estado extranjero le imponga a este respecto⁹⁷.

⁹⁴ En este contexto, no se aborda la cuestión de las características particulares de la legislación francesa en relación con esa cuestión, que fue analizada detalladamente en dicho caso tanto por las partes como por la CIJ.

⁹⁵ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 243, párr. 190.

⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 191.

⁹⁷ Buzzini señala: «Probablemente, un criterio más apropiado [que el criterio empleado por la CIJ en el caso *Certaines questions*

⁹³ Véase el párrafo 41 y la nota 86 *supra*.

E. Alcance territorial de la inmunidad⁹⁸

52. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ señaló que un ministro de relaciones exteriores goza de inmunidad de jurisdicción penal extranjera cuando se encuentra en el extranjero⁹⁹. En el mismo fallo se señala que

concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. Francia) hubiera sido si el testimonio requerido implicaba la provisión de información o pruebas sobre el conocimiento de hechos que podían haber sido adquiridos por el funcionario estatal en relación con el ejercicio de sus funciones como órgano del Estado» (*loc. cit.*, pág. 468). En un fallo sobre una causa civil, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania, en 1988, denegó la solicitud de citar al Ministro de Defensa de la India como testigo en relación con las acciones de las tropas indias contra los tamiles en Sri Lanka, al haber concluido que la inmunidad de que gozaba el Estado se extendía a sus funcionarios e impedía que se les citara como testigos en relación con los actos soberanos del Estado con el que estaban relacionadas las acciones de sus fuerzas armadas (véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 238, y la primera nota a ese párrafo). Similar fue la posición adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, que decidió que no se podía emitir un orden de comparecencia para obligar al Ministro de Defensa de Croacia para que presentara documentos oficiales (*subpoena duces tecum*), caso IT-95-14, decisión de 29 de octubre 1997 de la Sala de Apelaciones sobre la solicitud de Croacia de revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia de 18 de julio de 1997 (disponible en www.icty.org/case/blaskic/4). Como se señala en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 237 y última nota a ese párrafo: «Si bien la causa se refiere a la inmunidad ante un tribunal internacional, y no ante un tribunal penal nacional, la Sala de Apelaciones señaló que los actos de ejercicio de autoridad del Tribunal están sujetos a normas análogas a las que se aplican a un tribunal nacional». En la causa *Le Procureur c/ Radislav Krstić*, la Sala de Apelaciones del mismo Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia emitió una decisión tras señalar que la inmunidad funcional del funcionario, en la que se basó la Sala de Apelaciones en la causa *Blaškić* no abarca la inmunidad «contra la obligación de testificar sobre lo que vieron y oyeron en el ejercicio de sus funciones. [...] Ese tipo de inmunidad no existe». caso IT-98-33-A, decisión sobre la aplicación de citaciones con apercibimiento, 1.º de julio de 2003, párr. 27. En la decisión de la Sala se aclara que «[a] diferencia de la producción de documentos oficiales, el Estado no puede producir por sí mismo los elementos de prueba que sólo ese testigo puede proveer» (*ibid.*, párr. 24). La lógica de esta afirmación no parece del todo comprensible. Más convincente parece la opinión disidente del magistrado Shahabuddeen, quien señaló que la inmunidad de citación de un funcionario no se aplicaba a las situaciones en que se requería la presentación de documentos oficiales sino a toda la información recibida por la persona en el cumplimiento de sus funciones oficiales. «[N]o es correcto acotar la definición de información al material recogido en algún sitio central bajo la autoridad del Estado, como son sus archivos. Un Estado actúa mediante sus funcionarios; tiene la información que éstos recogieron en la totalidad del área de su actividad, nacional e internacional, incluida información sobre cuestiones que vieron y oyeron» (párr. 15). Invocando la causa *Blaškić*, señala que «la prueba que subyace es la de si el material fue adquirido por el testigo propuesto en su capacidad de funcionario del Estado» (párr. 16). Como señala Buzzini (*loc. cit.*, pág. 468, nota 78), «resulta difícil entender por qué una citación de un testigo bajo apercibimiento para proveer pruebas sobre el conocimiento de hechos adquirido por el funcionario en cumplimiento de sus funciones deba ser enfocado de manera diferente, a los fines de la inmunidad *ratione materiae*, de la citación bajo apercibimiento para producir documentos oficiales». No obstante, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en la causa *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et autres*, invocando el fallo mencionado en el marco de la causa *Krstić*, constató sin comentarios adicionales en su decisión sobre la cuestión de la orden de comparecencia que «[I]llos funcionarios gubernamentales no gozan de inmunidad ante una citación bajo apercibimiento, aun cuando el tema de sus testimonios fuera obtenido en el ejercicio de sus funciones», caso ICTR-98-41-T, Sala de Primera Instancia, decisión sobre el pedido de una citación bajo apercibimiento para el mayor Jacques Biot, 14 de julio de 2006.

⁹⁸ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 153.

⁹⁹ «[L]as funciones de un ministro de relaciones exteriores son de tal naturaleza que, durante todo su mandato, beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad completa en el extranjero», *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54.

está claramente establecido en derecho internacional que [...] determinadas personas que ocupan altos cargos en el Estado, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, gozan en* los otros Estados de inmunidad de jurisdicción, civil y penal¹⁰⁰.

Las partes en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)¹⁰¹, así como las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia)¹⁰² también señalaron que los funcionarios de Estado gozan de inmunidad cuando están de viaje en el extranjero. Esta posición es comprensible en las circunstancias de estos dos casos. Ahora bien, en principio, ¿cuán exacta es la afirmación de que la inmunidad se hace efectiva únicamente en la situación en que el funcionario se encuentra en el extranjero?

53. Desde luego, en los casos en que los funcionarios representan al Estado en las relaciones internacionales, es importante que un Estado extranjero no pueda interferir en el cumplimiento de esas funciones. Por lo tanto, la inmunidad es especialmente importante cuando tales funcionarios se encuentran en el extranjero. Además, es precisamente cuando se encuentra fuera del propio Estado cuando un funcionario está más vulnerable y desamparado frente a la aplicación de medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero. No obstante, la inmunidad de jurisdicción extranjera, al parecer, también se aplica durante la estancia del funcionario en el territorio del Estado al que presta o ha prestado servicios. Como se desprende de lo expuesto más arriba, la inmunidad constituye una protección procesal basada en la soberanía de un Estado respecto de las medidas de procedimiento penal extranjeras que imponen cierta obligación a un funcionario de ese Estado. Desde el punto de vista jurídico no queda completamente claro en este sentido por qué esta protección se hace efectiva cuando la persona se encuentra en el extranjero. La inmunidad como norma jurídica comprende las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción de no aplicar (y, posiblemente, también de impedir la aplicación) medidas de procedimiento penal que puedan entorpecer o impedir la realización de las actividades oficiales de un funcionario mediante la imposición de obligaciones. No queda muy claro por qué tal obligación se hace efectiva, o puede considerarse que se ha infringido, sólo cuando el funcionario se encuentra fuera del territorio del propio Estado. Además, gozan también de inmunidad los funcionarios que no representan al Estado en las relaciones internacionales o que cumplen funciones que no son equivalentes a tal representación. Por ejemplo, ¿un fiscal, un juez u otro funcionario que cumple únicamente funciones «internas», y que se encuentra en el territorio de su propio Estado, no goza acaso de la misma inmunidad *ratione materiae* de que gozaba en el extranjero respecto de una orden de detención emitida por un Estado extranjero o de una citación como testigo en una causa penal que le imponga una obligación? Al parecer, las medidas

¹⁰⁰ *Ibid.*, págs. 20 y 21, párr. 51. Esta argumentación se presentó también en el fallo de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 236, párr. 170. La Corte no se refiere a la «jurisdicción de otros Estados», sino a la jurisdicción «en» otros Estados.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, la memoria de la República Democrática del Congo.

¹⁰² Véase, por ejemplo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 235, párr. 164, y la contramemoria de Francia, párrs. 4.21 y 4.34.

de procedimiento penal que imponen una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de que éste goza y, por consiguiente, la soberanía de su Estado, independientemente de si esa persona se encuentra en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La violación de la obligación de no aplicar tales medidas contra un funcionario extranjero surte efecto ya desde el momento en que se adopta tal medida, y no sólo cuando la persona a la que se aplica la medida se encuentra en el extranjero. En consecuencia, también es legítimo plantear la cuestión de la derogación de tal medida, y no de su suspensión, por el período en el que el funcionario se encuentre en el extranjero (esto último sería más lógico si tal medida violara la inmunidad del funcionario únicamente durante la estancia del funcionario en el extranjero)¹⁰³.

F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?¹⁰⁴

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

54. En primer lugar, el Relator Especial se refiere aquí a las excepciones a la inmunidad que están basadas en el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que es posible establecer exenciones o excepciones a la inmunidad mediante la concertación de tratados internacionales. Como se señaló más arriba, la inmunidad es una norma existente en el derecho internacional consuetudinario general. La hipótesis de que en el derecho internacional consuetudinario existen excepciones a la inmunidad, es decir, de que existen tales excepciones o al menos una tendencia al establecimiento en el derecho internacional consuetudinario de la norma jurídica correspondiente (o de más de una), deberá, por tanto, demostrarse en la práctica y la *opinio juris* de los Estados. En segundo lugar, el Relator Especial parte del presupuesto de que la existencia de excepciones a la norma de inmunidad no se puede equiparar con la ausencia normal de inmunidad. Por ejemplo, para todos los funcionarios que no disfrutaban de inmunidad *ratione personae* (es decir, la gran mayoría de los funcionarios en ejercicio y todos los exfuncionarios) la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de delitos cometidos por ellos al margen del desempeño de sus funciones oficiales se considera algo normal y no una excepción a la regla. Por consiguiente, si se sabe (o se ha demostrado) que en el momento de cometer un delito un exfuncionario actuaba a título personal, la ausencia de inmunidad se da por sentada y no requiere pruebas. En el marco del tema del presente informe se consideran excepciones a la inmunidad los casos en que, como regla general, un funcionario goza de inmunidad pero deja de

tenerla debido a determinadas circunstancias. Por ejemplo, por regla general, los funcionarios gozan de inmunidad respecto de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones oficiales. No obstante, existe la opinión de que en los casos en que esos delitos son de suma gravedad y están tipificados en el derecho internacional, no existe inmunidad de jurisdicción extranjera. En el presente informe se considera que esos casos constituyen una excepción a la inmunidad.

55. La cuestión de las excepciones a la norma de inmunidad se plantea principalmente en relación con los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae*. En todo caso, en lo que respecta a altos funcionarios en ejercicio —jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores—, la opinión prevaleciente es que la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera de que éstos gozan no está sujeta a excepciones. La llamada inmunidad absoluta *ratione personae*, exenta de excepciones, fue refrendada por la CIJ en los fallos *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*¹⁰⁵, en los fallos de tribunales nacionales¹⁰⁶ y en las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional¹⁰⁷. Ésa es también la opinión prevaleciente en la doctrina¹⁰⁸. Como señala Frulli, «la práctica

¹⁰⁵ Respectivamente, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 20 y ss., párrs. 51, 54, 56 y 58; y *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 236 y ss., párrs. 170 y 174.

¹⁰⁶ Francia, Corte de Casación, Sala en lo Criminal, *Qaddafi, Bulletin criminel 2001*, n.º 64, pág. 218 (véase también ILR, vol. 125); Bélgica, Corte de Casación, *H.S.A. et al v. S.A. et al* (procesamiento de Ariel Sharon y otros), fallo de 12 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, n.º 3 (mayo de 2003), pág. 596; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, *Wei Ye and others v. Jiang Zemin and others*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944, fallo de 8 de septiembre de 2004; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Adela Chiminya Tachiona v. United States of America* (caso Mugabe), 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879, fallo de 6 de octubre de 2004; Austria, Corte Suprema, *W. c. Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein*, fallo de 14 de febrero de 2001; Reino Unido, Tribunal de Apelaciones, *Jones v. The Ministry of the Interior (Saudi Arabia) and others*, fallo de 28 de octubre de 2004, EWCA Civ 1394, y Cámara de los Lores, fallo de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26; Reino Unido, tribunales de distrito, casos *Mugabe*, fallo de 14 de enero de 2004, y *Mofaz*, fallo de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 parte 3 (julio de 2004), págs. 769 y 771, respectivamente. Los procedimientos iniciados en España y Bélgica para llevar ante los tribunales a Fidel Castro fueron suspendidos luego de afirmarse su inmunidad (www.trial-ch.org).

¹⁰⁷ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 2: «En materia penal, el jefe de Estado goza de inmunidad de jurisdicción ante el tribunal de un Estado extranjero por toda infracción que haya podido cometer, cualesquiera sea su gravedad» (este caso se refiere a un jefe de Estado en funciones) y «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», art. III, párr. 1: «Con excepción de la inmunidad personal de que un individuo pudiera gozar en virtud del derecho internacional, ninguna inmunidad es aplicable a los casos de delitos internacionales» (este caso se refiere a la inmunidad de las personas que actúan en nombre del Estado).

¹⁰⁸ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 137, y segunda nota a ese párrafo. Según Hamida, Sein y Kadouf, «aun en el caso en que un funcionario de un Estado cometa un delito internacional en ocasión del ejercicio de sus funciones, puede gozar de la inmunidad *ratione personae* (inmunidad personal o funcional) [...] y goza de inviolabilidad e inmunidad ante un enjuiciamiento mientras continúe estando en funciones» («Immunity versus International Crimes: the Impact of Pinochet and Arrest Warrant Cases», pág. 511). Parlett, considera que «[n]o se discute que la inmunidad se aplica a la tortura en los procedimientos contra personas que gozan de inmunidad *ratione personae*» («Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception», pág. 60).

¹⁰³ En el curso del examen de ese tema en el 60.º período de la Comisión, en 2008, el Sr. Gaja hizo mención a la cuestión de la inmunidad de un funcionario de la jurisdicción de terceros Estados y expresó la esperanza de que la cuestión se examinara en el siguiente informe (*Anuario... 2008*, vol. I, 2983.ª sesión, párr. 35). El Relator Especial aún no está muy convencido de la necesidad de examinar esta cuestión por separado ya que, al menos por el momento, no encuentra motivos para suponer que la inmunidad (el alcance de la inmunidad) dependa de si el funcionario extranjero se encuentra en el propio territorio o en un tercer Estado. La cuestión de si la inmunidad depende de que la persona se encuentre (o de que ésta que haya cometido los presuntos delitos) en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción penal requiere un examen más exhaustivo. Esa cuestión se examinará más adelante.

¹⁰⁴ Véase el Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 141 a 153 y 180 a 212.

de los Estados muestra constantemente que las normas de las inmunidades personales no pueden ser derogadas al nivel nacional»¹⁰⁹. Sin embargo, hay quienes sostienen que deberían existir excepciones a la norma de inmunidad *ratione personae*¹¹⁰. Varios autores coinciden con esta opinión¹¹¹. Tal fue, por ejemplo, la posición que asumió Bélgica ante la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹¹². Esta posición fue respaldada en las opiniones de los magistrados en disidencia con el fallo de la Corte, aprobado por la gran mayoría de magistrados¹¹³, y hasta cierto punto quedó reflejada en la opinión disidente presentada conjuntamente por tres magistrados que examinaron el caso¹¹⁴.

2. CRITERIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE EXCEPCIONES

56. La necesidad de que existan excepciones a la inmunidad se explica sobre todo por la necesidad de proteger los derechos humanos contra sus violaciones más flagrantes y masivas y combatir la impunidad. El Relator Especial se refiere en particular a la protección de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y, por consiguiente, al hecho de que la protección de esos intereses, así como la represión de los delitos internacionales más graves, perpetrados muy a menudo por funcionarios de Estado, plantean la necesidad de enjuiciar a los autores

¹⁰⁹ Frulli, «Immunities of Persons from Jurisdiction», pág. 369.

¹¹⁰ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 151; en el comentario al Principio 5 de los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal («el cargo oficial de cualquier imputado, sea un jefe de Estado o de gobierno o un funcionario gubernamental oficial, no lo liberará de su responsabilidad penal ni mitigará su castigo») se indica que «[u]na inmunidad sustantiva contra el enjuiciamiento exonerará a los jefes de Estado, diplomáticos y otros funcionarios de responsabilidad penal por la comisión de delitos graves de derecho internacional si fueron cometidos en su capacidad oficial. El Principio 5 rechaza la inmunidad sustantiva» (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, pág. 48). No obstante, cabe señalar también que este principio no afecta la inmunidad «procesal», que subsiste durante la permanencia en el cargo del jefe de Estado u otro funcionario: «Según el derecho internacional, tal como existe, los jefes de Estado, diplomáticos acreditados u otros funcionarios en ejercicio no pueden ser enjuiciados mientras continúen en sus cargos por los actos cometidos en ocasión de sus capacidades oficiales» (ibíd., pág. 49).

¹¹¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 151.

¹¹² En su contramemoria de 28 de septiembre de 2001, Bélgica señaló, en particular, que «las fuentes internacionales no dejan de señalar que un jefe de Estado o miembro de su gobierno no se beneficia de la inmunidad cuando se le imputa la comisión de crímenes contra el derecho internacional humanitario» (párr. 3.5.13). Véase además *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 23, párr. 56.

¹¹³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 149. En su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, el magistrado Al-Khasawneh observó que «la lucha efectiva contra delitos graves reviste en la actualidad el carácter de *jus cogens*, lo que refleja el reconocimiento de la comunidad internacional de los intereses y valores comunitarios vitales que trata de proteger y reforzar. En consecuencia, esta norma jerárquicamente más elevada debe prevalecer cuando entra en conflicto con las normas que rigen la inmunidad» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 98, párr. 7). También adoptó una postura firme la magistrada van den Wyngaert, en cuya opinión «[l]a inmunidad no debería jamás aplicarse a los delitos de derecho internacional, ni ante las jurisdicciones internacionales ni ante las nacionales» (ibíd., pág. 161, párr. 36).

¹¹⁴ En la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans and Buergenthal se expresan dudas en relación con los casos en que está ausente la inmunidad, que se relacionan en el párrafo 61 del fallo de la CIJ. En particular, los autores de la opinión observan con pesar que «[l]a única alternativa creíble [...] parece ser la posibilidad de incoar un procedimiento ante un tribunal extranjero una vez que la persona sospechada cese de ejercer las funciones de ministro de relaciones exteriores» (ibíd., pág. 86, párr. 78).

de esos delitos en cualquier Estado que ejerza jurisdicción¹¹⁵. Esto, a su vez, exige la existencia de excepciones a la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Existen diferentes criterios para establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que gocen de inmunidad *ratione materiae*. Los principales criterios son los siguientes. En primer lugar, como ya se señaló, existe la opinión de que, con arreglo al derecho internacional, los delitos más graves cometidos por un funcionario no pueden considerarse como actos oficiales¹¹⁶. En segundo lugar, habida cuenta de que los delitos internacionales cometidos por funcionarios en el desempeño de sus funciones oficiales se atribuyen no sólo al Estado sino también a los funcionarios que los han cometido, se considera que dichos funcionarios no están protegidos en las actuaciones penales por la inmunidad *ratione materiae*¹¹⁷. En tercer lugar, cabe señalar que las normas imperativas de derecho internacional que prohíben y tipifican como delitos determinados actos prevalecen sobre la norma relativa a la inmunidad e invalidan la inmunidad respecto de delitos de esa índole¹¹⁸. En cuarto lugar, se dice que ha surgido en el derecho internacional una norma de derecho internacional consuetudinario que prevé una excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios que cometan delitos graves de derecho internacional¹¹⁹. En quinto lugar, se establece un vínculo entre la existencia de la jurisdicción universal respecto de los delitos más graves y la invalidez de la inmunidad respecto de esos delitos¹²⁰. En sexto lugar, se establece un vínculo análogo entre la obligación *aut dedere aut judicare* y la invalidez de la inmunidad en relación con delitos respecto de los

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, O'Donnell (*loc. cit.*, pág. 416): «Después de cesar en sus funciones [...] un Estado debe poder responsabilizar a un jefe de Estado por delitos internacionales. No debe dejarse sin recursos a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En lo ideal, el conocimiento de que no se gozará de la protección de la inmunidad cuando se cese en el cargo será un disuasivo suficiente para los jefes de Estado en ejercicio para prevenir que cometan delitos internacionales».

¹¹⁶ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 191 y 192. Véase también la nota 71 *supra*.

¹¹⁷ Por ejemplo, tres ONG—Redress Fund, Amnistía Internacional y Justice—adoptan una posición similar en las peticiones planteadas en 2010 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los casos *Jones v. United Kingdom* (demanda 34356/06) y *Mitchell and Others v. United Kingdom* (demanda 4028/06) (disponible en www.interrupts.org/jones), párrs. 10 a 17.

¹¹⁸ Este enfoque tiene como fundamento la teoría de la «jerarquía normativa» y se basa en la idea de que las normas que prohíben la tortura y otros actos son normas de *jus cogens*, mientras que la inmunidad del Estado y sus funcionarios no constituye una norma imperativa de derecho internacional. Véase, por ejemplo, Bassiouni, «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», pág. 17: «Los crímenes de lesa humanidad, el genocidio o los crímenes de guerra [...] y la tortura son delitos internacionales que han alcanzado el nivel de *jus cogens*. En consecuencia, se generan las siguientes obligaciones: extraditar o juzgar [...], eliminar las inmunidades de funcionarios superiores, incluidos los jefes de Estado».

¹¹⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204.

¹²⁰ Véase el Principio 5 de los Principios de Princeton (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *op. cit.*, pág. 48). «En efecto, parecería que la noción de inmunidad de responsabilidad penal frente a delitos de derecho internacional cometidos en una capacidad oficial, por funcionarios en ejercicio o no, es fundamentalmente incompatible con la idea de que las violaciones graves de los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal» (Asociación de Derecho Internacional, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», pág. 14).

cuales existe dicha obligación¹²¹. En cierta medida, estos criterios no se diferencian mucho entre sí.

57. Está bastante generalizado el criterio según el cual los delitos más graves de derecho internacional¹²² no pueden considerarse como actos realizados en el desempeño de funciones oficiales y, por tanto, la inmunidad *ratione personae* no protege contra la jurisdicción penal extranjera respecto de tales delitos¹²³. Por consiguiente, de aplicarse este criterio, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera protege solamente a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*, es decir, la «tríada», y posiblemente a otros altos funcionarios en activo. Según ese criterio, las demás categorías de funcionarios en ejercicio, así como los exfuncionarios, incluida la «tríada», pueden estar sujetos a jurisdicción penal extranjera en caso de cometer alguno de los delitos antes mencionados. En principio, el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se presta a una interpretación similar. Al enumerar las circunstancias en que la inmunidad no constituye un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, la Corte señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

A condición de ser competente según el derecho internacional, un tribunal de un Estado puede tratar a un exministro de relaciones exteriores de otro Estado *con respecto a actos cometidos antes o después del período en que estuvo en funciones, así como respecto de los actos cometidos en su capacidad privada en ese mismo período**¹²⁴.

Sobre esa base, tres magistrados, que estuvieron en general de acuerdo con el fallo de la Corte, subrayaron en su opinión separada conjunta que los ministros de relaciones exteriores que habían cesado en sus cargos gozaban de inmunidad sólo respecto de actos «oficiales», y añadieron:

La doctrina afirma cada vez más [...] que los delitos internacionales graves no pueden ser considerados como actos oficiales, puesto que no corresponden ni a las funciones estatales normales ni a funciones que un Estado por sí solo (por oposición al individuo) puede ejercer. [...] Esta opinión se manifiesta por la creciente toma de conciencia del hecho de que los móviles ligados al Estado no constituyen el criterio apropiado para determinar lo que constituyen actos públicos del Estado¹²⁵.

¹²¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), nota al punto e del párrafo 10 y párrafo 205.

¹²² No se puede hablar de la existencia de una lista de delitos que los partidarios de esta posición califiquen en general como delitos en cuya comisión se ha actuado al margen del desempeño de funciones oficiales. Habitualmente, se tienen en cuenta los delitos que son de la competencia de la Corte Penal Internacional, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Como señaló Verhoeven en Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international» en relación con la cuestión de la inmunidad, «[l]a dificultad consiste en acordar sobre los delitos que autorizan una derogación de la inmunidad. La Comisión prefirió mantener una posición vaga al respecto. Estos delitos son ciertamente los contemplados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (agresión, crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad)» (págs. 594 y 595). «[L]a Comisión ha preferido no retomar una definición de esos delitos, de manera de dejar una puerta abierta a las evoluciones que permitirían considerar como crímenes graves de derecho internacional a delitos que por el momento no son de la competencia de los tribunales penales internacionales o de la Corte Penal Internacional» (pág. 615).

¹²³ Véase la nota 116 *supra*.

¹²⁴ C.I.J. *Recueil* 2002, pág. 25, párr. 61.

¹²⁵ *Ibid.*, opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, pág. 88, párr. 85. Los magistrados remiten al artículo de Andrea Bianchi, «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), págs. 227 y 228, así como al fallo de la Corte Suprema de Israel en relación con el caso *Eichmann*, fallo de 29 de mayo

58. Antes de dictarse el fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, esta opinión había sido expresada en el Reino Unido por Lord Steyn y Lord Nicholls de Birkenhead en la causa *Pinochet n.º 1* y por Lord Nicholls y Lord Phillips de Worth Matravers en la causa *Pinochet n.º 3*¹²⁶. En los Países Bajos, el fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* de 2000 se señaló, en particular, que la comisión de delitos muy graves de esta naturaleza no pueden ser considerados como parte de las tareas oficiales de un jefe de Estado¹²⁷.

de 1962, ILR, vol. 36 pág. 312, y en los Países Bajos, al fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 de noviembre de 2000, párr. 4.2). También hacen referencia a las opiniones de los magistrados de los tribunales del Reino Unido que se pronunciaron en las causas *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.º 1) (*Pinochet n.º 1*), y *Pinochet n.º 3* (Lord Steyn y Lord Nicholls de Birkenhead, y Lord Hutton y Lord Phillips de Worth Matravers, respectivamente) [2000] 1 AC 61. Véase también ILM, vol. XXXVIII, n.º 3 (mayo de 1999), pág. 581.

¹²⁶ Lord Steyn: «En consecuencia resulta claro que la inmunidad establecida por la ley en favor de un ex jefe de Estado no es absoluta. Requiere dos requisitos: 1) que el demandado sea un ex jefe de Estado (*ratione personae* en la terminología del derecho internacional) y 2) que sea acusado de actos oficiales en el ejercicio de sus funciones como jefe de Estado (*ratione materiae*). Con respecto al segundo requisito, no es suficiente que se trate de actos oficiales: los actos deben haber sido desempeñados por el acusado en el ejercicio de sus funciones de jefe de Estado. [...] [E]l desarrollo del derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial justifica llegar a la conclusión de que en la época del golpe de Estado de 1973, y ciertamente desde entonces, el derecho internacional condena el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes de lesa humanidad (en tiempo de guerra o de paz) como delitos internacionales que merecen un castigo. Visto el estado del derecho internacional, me parece difícil mantener que la comisión de tales importantes crímenes puedan constituir actos ejecutados en el ejercicio de las funciones de un jefe de Estado» (*Pinochet n.º 1*). Lord Nicholls of Birkenhead: «A mi juicio, el artículo 39, párr. 2, de la Convención de Viena [sobre Relaciones Diplomáticas], tal como fue modificado y es aplicado a los ex jefes de Estado por la sección 20 de la Ley de 1978, confiere inmunidad con respecto a los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones que el derecho internacional reconoce como funciones propias de un jefe de Estado, sin importar los términos de su constitución nacional. [...] El derecho internacional no requiere el otorgamiento de ninguna inmunidad más amplia. Y no hace falta decir que la tortura de sus propios súbditos, o de extranjeros, no podría ser considerada como una función de un jefe de Estado por el derecho internacional. [...] [E]l derecho internacional ha dejado claro que cierto tipo de actos, incluida la tortura o la toma de rehenes no son aceptables bajo ningún punto de vista. Esto se aplica a todos y también, o más aún, a los jefes de Estado; una conclusión contraria sería una burla al derecho internacional» (*ibíd.*). Lord Hutton: «Por consiguiente, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Convención contra la Tortura [y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes], no considero que el senador Pinochet o Chile pueda argüir que la comisión de actos de tortura después del 29 de septiembre de 1988 fueran funciones del jefe de Estado. Los alegados actos de tortura del senador Pinochet fueron cometidos bajo la influencia de su posición de jefe de Estado, pero no pueden considerarse como funciones de un jefe de Estado bajo el derecho internacional, en la medida en que el derecho internacional prohíbe expresamente la tortura como medio que un Estado puede emplear bajo ninguna circunstancia y lo considera un delito internacional». «Mi conclusión de que el senador Pinochet no tiene derecho a gozar de inmunidad se fundamenta en la perspectiva de que la comisión de actos de tortura no es una función de un jefe de Estado, y por consiguiente en este caso, la inmunidad de que goza el senador Pinochet en tanto exjefe de Estado no se aplica ni se relaciona con los actos de tortura» (*Pinochet n.º 3*). Lord Phillips de Worth Matravers: «En la medida en que la parte III de la Ley de 1978 concede inmunidad a un exjefe de Estado con respecto al ejercicio de sus funciones oficiales, no considero que esas funciones puedan, como interpretación de la aplicación de la ley, extenderse a aquellas prohibidas en tanto delitos por el derecho internacional» (*ibíd.*).

¹²⁷ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 191 y su última nota. El exdirigente surinamés fue acusado de la tortura y

59. Al mismo tiempo, como quedó corroborado en el memorando de la Secretaría, este criterio ha sido objeto de críticas tanto en la jurisprudencia nacional como en la doctrina¹²⁸. En particular, Lord Goff de Chieveley afirmó en la causa *Pinochet n.º 3* que los actos de un jefe de Estado, siempre que se lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales, no dejan de ser actos «de Estado» aunque sean actos ilícitos, y subrayó que ello valía para cualquier tipo de delitos¹²⁹. El fallo dictado en la causa *Bouterse*, al que ya se hizo referencia, fue recibido con escepticismo por algunos expertos¹³⁰. En su opinión disidente separada en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert, al objetar que la CIJ hubiese indicado, en su lista de restricciones a la inmunidad, la ausencia de inmunidad de un exministro de relaciones exteriores respecto de actos realizados a título personal durante el ejercicio de su cargo, observó que la Corte

habría podido —e incluso habría debido— agregar que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad caen dentro de esta categoría. Determinados crímenes de derecho internacional (por ejemplo, ciertos actos de genocidio y agresión) no pueden ser cometidos, por razones prácticas, más que con los medios con que sólo un Estado puede disponer y en el marco de una política del Estado; en otras palabras, desde esta perspectiva, esos actos no pueden ser otra cosa que «oficiales»¹³¹.

La idea de que la inmunidad funcional de los funcionarios extranjeros protege los actos de los Estados a cuyo servicio están «se recoge cada vez más en los fundamentos judiciales y doctrinarios» y es reconocida incluso por autores que no son partidarios de esa idea¹³².

60. Al respecto también se afirma que si los delitos de derecho internacional que cometa un funcionario no se consideran actos que se puedan atribuir al Estado al que el funcionario presta o, en el caso de los exfuncionarios, prestaba servicios, no se podría entonces hablar de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado respecto de ese delito¹³³. Este argumento no carece de lógica y

asesinato de 15 personas en diciembre de 1982. Este caso se comenta en Zegveld, «The *Bouterse* case».

¹²⁸ Véase la lista de fallos de tribunales nacionales que figura en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 192 y sus notas. Véase también van Alebeek, *op. cit.*, pág. 286 y ss.

¹²⁹ Lord Goff de Chieveley: «Las funciones de, por ejemplo, un jefe de Estado son funciones gubernamentales, su contraposición son los actos privados; y el hecho de que un jefe de Estado lleve a cabo un acto, distinto de un acto privado, que es criminal no lo priva de su carácter gubernamental. Esto se aplica tanto a un delito grave, como homicidio o tortura, como a un delito menor» (*Pinochet n.º 3*). En la causa *Pinochet n.º 1* Lord Slynn señaló asimismo que «claramente el derecho internacional no reconoce como una de las funciones específicas de un jefe de Estado la comisión de tortura o genocidio. Sin embargo, el hecho de que al ejecutar otras funciones un jefe de Estado cometa un acto ilícito no significa que se debe considerar que es una de sus funciones. Si fuera así, la inmunidad respecto de los actos criminales se vería privada de mucho de su contenido. A este propósito, no considero correcto distinguir entre actos cuya criminalidad y sesgo moral sea más o menos grande».

¹³⁰ Según Zegveld, *loc. cit.*, pág. 115, «ninguna orden de un jefe de Estado en su capacidad de comandante militar a sus subordinados podría calificarse de 'no oficial'. Por consiguiente, debe rechazarse la decisión del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam, que considera que los asesinatos de diciembre son actos 'no oficiales' y que por tanto caen fuera del pedido de inmunidad».

¹³¹ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 161, párr. 36.

¹³² Véase, por ejemplo, van Alebeek, *op. cit.*, págs. 303 y 304, si bien esta autora es partidaria del punto de vista opuesto.

¹³³ Véase, por ejemplo, Koller, *loc. cit.*, pág. 29: «En primer lugar, estos actos son a menudo oficiales en el sentido de que actores estatales

podría ser pertinente, si bien se basa menos en el derecho que en consideraciones prácticas.

61. Si se analizara esta situación desde un punto de vista estrictamente jurídico habría que plantearse lo siguiente. No está totalmente claro por qué la gravedad de un acto delictivo debe resultar en un cambio de su atribución tanto desde el punto de vista de la responsabilidad en la que se incurra por su comisión como de la inmunidad que pueda existir respecto del mismo. Si los actos ilícitos realizados por un funcionario en el marco de sus funciones oficiales se atribuyen por regla general al Estado y no dejan de considerarse actos de Estado, es decir, oficiales, ¿por qué entonces los más graves de esos delitos dejan de atribuirse al Estado y pierden su carácter oficial? Consecuentemente, ¿por qué la gravedad de un acto presuntamente cometido por un funcionario extranjero invalida el principio de la igualdad soberana de los Estados, del que emana la inmunidad *ratione materiae* que el Estado confiere a sus funcionarios? Desde luego, en algunos casos los delitos internacionales graves son cometidos por personas que no son funcionarios de Estado (por ejemplo, representantes de partidos no gubernamentales durante conflictos armados locales). Sin embargo, en esos casos tampoco se plantea la cuestión de la inmunidad. La cuestión de la inmunidad se plantea solamente en relación con los funcionarios de Estado. Ahora bien, por lo general, la posibilidad misma de que los funcionarios de Estado cometan delitos en gran escala se plantea solamente por el hecho de que dichos funcionarios cuentan con el respaldo del Estado, actúan en nombre del Estado, se valen de sus mecanismos de coerción o dictan órdenes, entre otros. En ese contexto, la afirmación de que actos de ese tipo son de carácter privado y no oficial parecería más bien un intento artificial y no del todo legítimo de superar la barrera de la inmunidad *ratione materiae* que protege a los funcionarios contra la jurisdicción penal extranjera.

62. Otro argumento es que la inmunidad *ratione materiae* no es aplicable cuando el acto delictivo de que se trate sea atribuible no sólo al Estado sino también al funcionario que lo haya cometido¹³⁴. Al respecto cabe observar que en el informe preliminar también se señala que la atribución al Estado de un acto ilícito realizado por cualquiera de sus funcionarios a título oficial no impide que ese acto se atribuya igualmente al funcionario en cuestión¹³⁵. No obstante, ello no altera el carácter oficial de esos actos. En ese contexto, no queda totalmente claro por qué ello impide que el funcionario goce de inmunidad *ratione materiae*, que es en esencia la inmunidad del Estado, en caso de cometer no sólo actos ilícitos sino delitos de derecho internacional¹³⁶.

los ejecutan en nombre del Estado. [...] En segundo lugar, la ficción jurídica eliminaría efectivamente la responsabilidad del Estado, ya que los actos realizados a título privado no pueden ser atribuidos al Estado». Véase también Wirth, «Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in *Congo v. Belgium Case*», pág. 891.

¹³⁴ Véase la nota 117 *supra*.

¹³⁵ Véase el párrafo 89 del informe preliminar (nota 4 *supra*).

¹³⁶ En principio, de aplicarse la lógica de los partidarios del criterio aquí examinado, en general no existiría la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera para los funcionarios de Estado, no sólo en relación con delitos internacionales, por cuanto cualquier delito cometido por un funcionario a título oficial, y no sólo los delitos graves, podría atribuirse no solamente al Estado sino también al propio funcionario.

63. Otra de las razones de la ausencia de inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios en ejercicio y exfuncionarios que cometen delitos graves de derecho internacional está basada en el supuesto de que esas mismas violaciones muy graves de los derechos humanos han sido tipificadas como delitos y están prohibidas por las normas imperativas de derecho internacional general. En consecuencia, a juicio de los partidarios de este criterio, esas normas de *jus cogens* tienen precedencia sobre la norma consuetudinaria dispositiva de la inmunidad *ratione materiae*¹³⁷. Esa fue la posición mantenida, en particular, por una minoría de magistrados en las causas *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁸. En la opinión disidente de los magistrados Rozakis, Cafilisch, Costa, Wildhaber, Cabral Barreto y Vajić se afirma, en particular, lo siguiente:

Como la norma de *jus cogens* que prohíbe la tortura y las reglas en materia de inmunidad se encuentran vinculadas, el obstáculo de procedimiento que representa la inmunidad de los Estados se encuentra automáticamente descartado porque, dado que estas normas entran en conflicto con normas de rango superior, las mismas carecen de efectos jurídicos. Asimismo, no puede invocarse el derecho nacional, encargado de dar efecto en el plano interno a las reglas internacionales en materia de inmunidad de los Estados, como obstáculo a la competencia; por el contrario debe interpretarse dentro de los límites y a la luz de los principios imperativos de *jus cogens*¹³⁹.

Lord Millet se refirió prácticamente a lo mismo en la causa *Pinochet n.º 3*¹⁴⁰. En la causa *Ferrini*, la Corte de Casación de Italia declaró que la comisión de delitos internacionales constituía una violación grave de los derechos humanos fundamentales y los valores universales de la comunidad internacional y que esos valores estaban protegidos por las normas imperativas del derecho internacional, lo cual implicaba que los tribunales nacionales ejercían jurisdicción penal y civil universal sobre esos delitos y que esas normas tenían precedencia sobre el principio de inmunidad¹⁴¹. En la causa *Lozano*,

¹³⁷ A pesar de que la inmunidad emana del principio de la igualdad soberana de los Estados, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional, a todas luces resulta apropiado considerar la norma de inmunidad como una norma dispositiva de la que pueden desviarse los Estados previo acuerdo mutuo.

¹³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 21 de noviembre de 2001, causa *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (demanda n.º 35763/97), *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, pág. 117.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Lord Millet: «La comunidad internacional ha tipificado un delito para el que la inmunidad *ratione materiae* no resulta aplicable. No puede presumirse que el derecho internacional haya tipificado un delito con carácter de *jus cogens* y al mismo tiempo otorgue una inmunidad que se haga extensiva a la obligación que se trata de imponer».

¹⁴¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVII, n.º 2 (2004), pág. 539, fallo 11 de marzo de 2004, n.º 5044, párrs. 9 y 9.1. Al igual que la causa *Al-Adsani* examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Ferrini* giró en torno a la inmunidad del Estado y no a la de sus funcionarios. Al mismo tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también examinó los fallos de otros tribunales nacionales en relación con causas penales contra funcionarios extranjeros y sostuvo que ello mostraba que la inmunidad funcional de esas personas quedaba invalidada en caso de que fueran acusadas de delitos internacionales. Esta opinión de la Corte de Casación de Italia fue argumentada en su fallo sobre la causa civil *Milde* (13 de enero de 2009, n.º 1072, *ibid.*, vol. XCII, n.º 2 (2009), pág. 618). Véase asimismo el comentario de Francesco Moneta, «State immunity for international crimes: The case of Germany versus Italy before the ICJ», disponible en www.haguejusportal.net. Véase también la causa *Prefectura de Voiotia c. Alemania*, Corte Suprema de Grecia, n.º 11/2000, 4 de mayo de 2000 (AJIL, vol. 95, pág. 198). En opinión de Lord Bingham de Cornhill, «[e]l fallo *Ferrini* no puede ser

que giró en torno a la cuestión de la inmunidad de un soldado estadounidense respecto de la jurisdicción penal de Italia en relación con un delito presuntamente cometido en el Iraq, la Corte de Casación señaló que está surgiendo una regla consuetudinaria al efecto de que la inmunidad de un Estado no cubra actos calificados como delitos de derecho internacional. El razonamiento de esta excepción se basa en el hecho de que en caso de conflicto entre las reglas sobre inmunidad y las que tipifican delitos internacionales, debían prevalecer estas últimas por ser de *jus cogens*¹⁴². Este punto de vista se sostiene en la doctrina¹⁴³ y fue del que partió el magistrado Al-Kasawneh en su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁴⁴.

tratado como una declaración precisa del derecho internacional, según se lo entiende en general», caso *Jones* (nota 106 *supra*), párr. 22.

¹⁴² Caso *Lozano*, n.º 31171/2008, fallo de apelación. En este fallo, la Corte de Casación reconoció, pese a lo ya expuesto, que los tribunales italianos no podían ejercer su jurisdicción respecto del delito presuntamente cometido por Lozano, por cuanto no se trataba de un crimen de guerra y, por tanto, la excepción a la que se hacía referencia no era extensiva a este caso y los soldados extranjeros gozaban de la misma inmunidad *ratione personae* que los órganos del Estado conforme al derecho internacional consuetudinario. En lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se consideró que es una regla bien establecida de derecho internacional, universalmente aceptada tanto en la doctrina jurídica como en las decisiones judiciales internacionales prevalecientes [...] que los actos *iure imperii* llevados a cabo por órganos de un Estado en cumplimiento de sus funciones estaban cubiertos por inmunidad y por consiguiente no se encontraban sujetos a la jurisdicción civil o penal de un Estado extranjero. La regla de la inmunidad *ratione materiae*, que debe distinguirse de la inmunidad *ratione personae* de que gozan ciertos funcionarios del Estado, fue simplemente corolario de la regla internacional consuetudinaria que establece la inmunidad de un Estado de la jurisdicción de un Estado extranjero por los actos *iure imperii* de su órganos. Dado que cada Estado soberano tenía libertad para determinar su estructura interna y para designar a los individuos que actuarían como órganos del Estado, los actos llevados a cabo por los órganos del Estado constituían el ejercicio de las funciones del Estado y por consiguiente debían atribuirse al Estado. En consecuencia, sólo el Estado puede ser considerado responsable de tales actos. Véase *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 1085 (IT 2008).

¹⁴³ Véase, por ejemplo, Taylor: «Dado que la tortura viola normas de *jus cogens*, podría ser una renuncia implícita a la inmunidad. Las normas de *jus cogens* son reglas de conducta internacionalmente aceptadas por los Estados soberanos. Tienen la jerarquía más alta del derecho internacional. La inmunidad soberana, por otra parte, tiene su origen en el derecho internacional consuetudinario y no es una norma de *jus cogens*. La inmunidad soberana podría entonces no estar disponible para los infractores del *jus cogens*; en efecto, las infracciones podrían ser renunciadas implícitas a la inmunidad» («Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State», pág. 114. Parlett (*loc. cit.*, pág. 51) explica el fundamento de este enfoque como sigue: «Si bien el argumento prevaleciente no fue generalmente aceptado, el razonamiento tiene alguna validez. En primer lugar, los efectos de una norma de *jus cogens* no se limitan a los tratados sino que se extienden al derecho internacional consuetudinario y a la legislación y la práctica nacionales. En segundo lugar, para dar efecto adecuado a una norma de *jus cogens*, ésta debe prevalecer no sólo sobre las normas de fondo contrarias, sino también sobre las normas de procedimiento. En el caso de la tortura, esto significaría que la prohibición de *jus cogens* no sólo prevalece sobre la legislación nacional que autoriza la tortura, sino en la operación de inmunidad para prevenir la aplicación de los derechos relacionados con la propia norma. Como las normas de inmunidad no tienen carácter *jus cogens*, deben ceder ante el efecto de la norma jerárquicamente superior».

¹⁴⁴ *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 98, párr. 7 («Se puede argüir que la lucha efectiva contra esos delitos graves reviste a esta altura el carácter de *jus cogens*, lo que refleja el reconocimiento por la comunidad internacional de los intereses y valores comunitarios vitales que trata de proteger y reforzar. En consecuencia, cuando esta norma jerárquicamente más elevada entra en conflicto con las normas que rigen la inmunidad, debe prevalecer»).

64. No obstante, la mayoría de los magistrados que examinaron los casos *Al-Adsani* y *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁴⁵ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no estuvo de acuerdo con esa posición. En el fallo *Al-Adsani*, se afirma sobre el particular:

No obstante el carácter especial que el derecho internacional le reconoce a la prohibición de la tortura, el Tribunal no encuentra en los instrumentos internacionales, en los fallos judiciales o en otros documentos en su posesión ningún elemento sólido que le permita concluir que en derecho internacional un Estado deja de gozar de inmunidad ante una acción civil promovida ante los tribunales de otro Estado en las que se hayan alegado actos de tortura¹⁴⁶.

La posición adoptada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido respaldada en la doctrina¹⁴⁷. Al mismo tiempo hay que tener presente que en los casos mencionados el Tribunal Europeo debió abordar la cuestión de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil y no de la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera. En el memorando de la Secretaría se observa que

no parece ser evidente que una norma sustantiva de derecho internacional que tipifica como crimen determinada conducta sea incompatible con una norma que impide, en determinadas circunstancias, el enjuiciamiento por dicha conducta en una jurisdicción penal extranjera¹⁴⁸.

Así y todo, la situación parece ser más clara. Las normas imperativas que tipifican los delitos internacionales pertenecen al ámbito del derecho sustantivo. Como ya se señaló, la norma relativa a la inmunidad es de carácter procesal, no influye en la tipificación de los actos aquí examinados como delitos, no exime de responsabilidad por éstos e inclusive tampoco excluye la jurisdicción penal sobre esos actos cuando sean cometidos por un funcionario extranjero (la inmunidad protege solamente contra determinados actos). Por cuanto, por un lado, la norma de inmunidad y, por el otro, las normas que tipifican como delitos determinados comportamientos o establecen las responsabilidades en que se incurre por éstos, regulan cuestiones distintas y pertenecen a esferas jurídicas diferentes (procesal y sustantiva, respectivamente), la posibilidad de que difícilmente podrían entrar en conflicto, inclusive a pesar del hecho de que unas son normas imperativas y la otra es una norma de carácter dispositivo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, demanda n.º 59021/00, fallo de 12 de diciembre de 2002, *Recueil des arrêts et décisions 2002-X*.

¹⁴⁶ Caso *Al-Adsani* (nota 138 *supra*), párr. 61. Esta posición quedó reflejada asimismo en el fallo sobre el caso *Kalogeropoulou* (nota precedente): «El Tribunal no considera probado que en derecho internacional se admita que los Estados no puedan pretender a la inmunidad en caso de acciones civiles por daños e intereses por crímenes de lesa humanidad que se incoan en el territorio de otro Estado».

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, Caplan, «State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», y Rau, «After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case».

¹⁴⁸ Memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 195.

¹⁴⁹ Zimmermann, por ejemplo, observó a ese respecto que «parece ser más apropiado considerar ambos temas como dos conjuntos de normas que no interactúan entre sí» («Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», pág. 438). Tal vez resulte pertinente en este caso referirse por analogía al fallo de la CIJ en el caso *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), en el que Portugal había afirmado, entre otras cosas, que «los derechos que Australia habría violado eran oponibles *erga omnes* y que, en consecuencia, Portugal podía exigir a Australia, individualmente, el respeto de esos derechos, sin

65. En 2006, en la causa *Jones* (en la que se examinó la cuestión de la inmunidad tanto del Estado como de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera), la más alta instancia judicial del Reino Unido expresó su desacuerdo con la idea de que la norma imperativa que prohíbe la tortura debe prevalecer sobre la norma relativa a la inmunidad de un Estado extranjero¹⁵⁰. En la vista de este caso, Lord Hoffman observó en particular lo siguiente:

La prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*. [...]

Para producir un conflicto con la inmunidad del Estado es [...] necesario demostrar que la prohibición de la tortura generó una norma de procedimiento auxiliar, que por vía de excepción a la inmunidad del Estado, da derecho o quizás requiera a los Estados que asuman la jurisdicción civil sobre otros Estados en los casos en que se alegue tortura. Sería deseable una regla de esta naturaleza y, dado que el derecho internacional cambia, podría desarrollársela. Sin embargo, contrariamente a la afirmación de la minoría en el caso *Al-Adsani*, no supone la prohibición de la tortura¹⁵¹.

66. Alemania consideró que el fallo que le fuera desfavorable en la causa *Ferrini* (párr. 63 *supra*), así como otros fallos de tribunales italianos en ese mismo sentido, constituían actos violatorios de su inmunidad por parte de Italia y, por tanto, contrarios al derecho internacional, y recurrió ante la CIJ. En la presentación de su caso ante la Corte, Alemania señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

En el caso *Ferrini* en particular, y posteriormente en otros, la Corte de Casación reconoció abiertamente que no aplicaba el derecho internacional actualmente en vigor, sino que quería desarrollarlo fundándose en una regla «en vías de constitución», regla que no existe en tanto que norma del derecho internacional positivo. En sus propias palabras, la Corte de Casación ha admitido pues que, al interpretar de manera restrictiva la inmunidad de jurisdicción, es decir, al extender el poder de jurisdicción de Italia, violaba los derechos que le corresponden a Alemania en virtud del principio fundamental de la igualdad soberana¹⁵².

importar si otro Estado hubiera o no adoptado un comportamiento ilícito análogo». La Corte consideró que «la oponibilidad *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes. Cualesquiera sea la naturaleza de las obligaciones invocadas, la Corte no puede decidir sobre la licitud del comportamiento de un Estado cuando la decisión que debe tomarse implica una apreciación de la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el caso. Ante ello, la Corte no se pronunciará, incluso si el derecho de que se trata es oponible *erga omnes*» (fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 102, párr. 16; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 90). Stern se refiere a esa opinión de la CIJ en el mismo contexto («Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», págs. 546 y 547). Caplan (*loc. cit.*, pág. 772), quien también somete a crítica la teoría de la «jerarquía normativa», si bien en un contexto algo diferente, escribe: «En esencia, las normas de derechos humanos y de inmunidad del Estado, en tanto se refuerzan mutuamente, se refieren a aspectos distintos y exclusivos del orden jurídico internacional». Por una parte, las normas de derechos humanos protegen «los derechos inalienables y legalmente aplicables» del individuo «contra toda interferencia del Estado y contra el abuso de poder de los gobiernos». Por la otra, las normas sobre inmunidad del Estado autorizan a los funcionarios estatales «a desempeñar sus funciones efectivamente y [...] a asegurar una dirección ordenada de las relaciones internacionales. Para demostrar la existencia de un conflicto de normas de derecho internacional, la teoría de la jerarquía normativa debe probar la existencia de una norma de *jus cogens* que prohíba el otorgamiento de inmunidad por las violaciones de derechos humanos por Estados extranjeros. Sin embargo, la teoría de la jerarquía normativa no da pruebas sobre la existencia de tales normas imperativas».

¹⁵⁰ Caso *Jones* (nota 106 *supra*).

¹⁵¹ *Ibid.*, Lord Hoffman, párrs. 44 y 45.

¹⁵² Caso *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia; Grecia (interviniente)), demanda de Alemania, 23 de diciembre de 2008, párr. 13; disponible en www.icj-cij.org.

El Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá), en el fallo sobre la causa *Bouzari* de 2002, señaló que

[u]na revisión de los fallos de los tribunales nacionales e internacionales, así como de la legislación de los Estados con respecto a la inmunidad soberana, indica que no existe ningún principio de derecho internacional consuetudinario que prevea una excepción a la inmunidad del Estado cuando se haya cometido un acto de tortura fuera del Estado del foro, incluso si se trata de actos contrarios al *jus cogens*. En efecto, la evidencia de la práctica de los Estados, según se refleja en estas y otras fuentes, permite llegar a la conclusión de que actualmente existe una norma de derecho internacional consuetudinario que brinda inmunidad al Estado por actos de tortura cometidos fuera del Estado del foro¹⁵³.

Por otro lado, en las causas *Ferrini* y *Bouzari*, los tribunales ejercieron jurisdicción civil. Al hacerlo, en la causa *Bouzari* se estableció una distinción entre situaciones que presuponen la existencia de inmunidad de jurisdicción extranjera y que están relacionadas con casos de tortura, dependiendo del tipo de jurisdicción, penal o civil, que se ejerza. Al confirmar la inmunidad del Estado en el primer caso, el Tribunal de Apelaciones observó que una persona podía incurrir en responsabilidad penal por un delito de tortura cometido en un país extranjero, sin que un Estado tuviera que someterse a la jurisdicción de otro Estado¹⁵⁴. El fallo contiene elementos de juicio que permiten presumir la posibilidad de enjuiciar en el Canadá a un funcionario extranjero acusado del delito de tortura, habida cuenta de las obligaciones contraídas por el Canadá en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o, si bien ello reviste un carácter altamente hipotético, en conexión con el hecho de que no puede considerarse la tortura como una función del Estado, aunque en cualquier caso no en relación con la existencia de una norma imperativa de derecho internacional que tenga precedencia sobre una norma dispositiva sobre la inmunidad¹⁵⁵. Cabe preguntarse si se puede o no afirmar que la prohibición de delitos internacionales graves con arreglo a normas de *jus cogens* puede acarrear consecuencias diferentes para la inmunidad dependiendo de qué tipo de jurisdicción, civil o penal, se ejerza. Al parecer, ni la práctica ni la lógica indican que esas consecuencias podrían diferir unas de otras¹⁵⁶.

67. Cabe preguntarse además, en relación con el criterio examinado para el establecimiento de excepciones a la inmunidad: si las normas que tipifican como delitos y proscriben ciertos actos, que son normas de *jus cogens*, prevalecen sobre la inmunidad del Estado y/o de un funcionario, ¿por qué habrían de prevalecer solamente sobre la inmunidad *ratione materiae*? También la inmunidad

ratione personae es de carácter dispositivo¹⁵⁷. Sería lógico suponer que también la inmunidad *ratione personae* sería invalidada por la acción de la norma imperativa con la que está en conflicto. Sin embargo, hasta los que propugnan que la inmunidad *ratione materiae* deja de existir cuando se trata de delitos internacionales graves, en general no desean ir «tan lejos» y no cuestionan la validez de la inmunidad personal de los funcionarios en ejercicio de más alto rango¹⁵⁸.

68. Otro de los criterios empleados para el establecimiento de excepciones a la inmunidad *ratione materiae* se basa en la hipótesis de que en el derecho internacional se ha establecido una norma consuetudinaria en virtud de la cual dicha inmunidad no existe para el funcionario que haya cometido un delito grave tipificado en el derecho internacional¹⁵⁹. Para demostrar la existencia de esa norma se hace referencia a las disposiciones de los documentos constitutivos y los fallos de tribunales penales internacionales, empezando por los de Nuremberg y

¹⁵⁷ Existe también la opinión de que la inmunidad de un jefe de Estado en funciones, es decir, la inmunidad personal, es una norma de carácter imperativo (véase, por ejemplo, la opinión de Lord Hope, a la que se hace referencia en la nota siguiente), pero sería difícil estar de acuerdo con semejante afirmación. Es de suponer que los Estados pueden, sin duda, concertar un acuerdo internacional de conformidad con el cual los respectivos jefes de Estado no gozarían de inmunidad respecto de la jurisdicción penal de ninguna de las partes en el acuerdo. Al parecer, no existen fundamentos que permitan suponer que tal acuerdo carecería de validez. Véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 8, párr. 1: «Los Estados pueden acordar aportar a la inviolabilidad, a la inmunidad de jurisdicción y a la inmunidad de ejecución de sus jefes de Estado las derogaciones que consideren oportunas».

¹⁵⁸ Al respecto, resulta de interés el siguiente pasaje de un artículo de Stern («Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine' des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», págs. 525 y 526): «Otro interrogante concierne el estatuto del jefe de Estado en ejercicio, cuya inmunidad absoluta en materia penal ha sido reafirmada. Si la solución adoptada para un exjefe de Estado se fundamenta en la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de un delito que prevalece sobre cualquier norma que otorgue impunidad por tal delito, resulta difícil comprender por qué no se aplicaría igualmente a los jefes de Estado en ejercicio, a no ser que su inmunidad absoluta sea igualmente considerada como una regla de *jus cogens*, lo que no está nada claro. Sin embargo, esa es la posición que adoptó Lord Hope en la segunda decisión [caso *Pinochet*] ya que invoca 'el carácter de *jus cogens* de la inmunidad de que gozan los jefes de Estado' precisamente para decir que no resulta claro que la inmunidad, que ocupa ese lugar en la jerarquía de normas, debe ser fácilmente levantada a los jefes de Estado en ejercicio. No obstante, el razonamiento inverso es también posible y ya algunos consideran que dado que la inmunidad fue levantada para ciertos actos cometidos por exjefes de Estado, no se ve por qué no sería el caso también para los jefes de Estado en ejercicio. Por supuesto que debe alertarse un retroceso de la inmunidad, pero no a cualquier precio. Personalmente, pienso que no debe llegarse a la próxima etapa, pedida por algunas ONG, que autorice el enjuiciamiento de los jefes de Estado en ejercicio ante cualquier jurisdicción nacional que ejerza una competencia universal. El ejemplo de un tribunal de Belgrado, que condenó el 21 de septiembre de 2000 a 14 dirigentes occidentales, entre ellos Bill Clinton, Tony Blair y Jacques Chirac a 20 años de prisión por los actos de la OTAN en Yugoslavia, muestra algunos de los posibles efectos contraproducentes que podría haber si se recurre ampliamente a esta vía».

¹⁵⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204. La propia Corte de Casación de Italia también se refiere, en los fallos antes citados, a una norma consuetudinaria que establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae*, pero en un sentido más estrecho; en este caso, lo que se debate es el surgimiento, a juicio de la Corte, de una norma consuetudinaria de derecho internacional según la cual las normas imperativas que proscriben los delitos internacionales tienen precedencia sobre la inmunidad *ratione materiae*.

¹⁵³ *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. n.º 1624, fallo, párr. 63. El Tribunal de Apelaciones de Ontario confirmó este fallo en 2004, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004], párr. 95. Esta causa fue incoada sobre la base de una demanda civil de indemnización presentada contra la República Islámica del Irán por daños ocasionados a uno de sus ciudadanos como resultado de torturas cometidas en su territorio.

¹⁵⁴ Tribunal de Apelaciones de Ontario, *ibíd.*, párrs. 91 y 93.

¹⁵⁵ Véase, en particular, *ibíd.*, párrs. 69 a 81 y 89 a 91.

¹⁵⁶ La naturaleza de ambos tipos de jurisdicción es la misma: el ejercicio por el Estado de las prerrogativas de su autoridad. Si una norma imperativa prevaleciera sobre la norma de inmunidad, sería irrelevante la cuestión de qué tipo de inmunidad se trata, si de jurisdicción civil o jurisdicción penal, y viceversa, tanto más cuanto que a veces ambos tipos de jurisdicción son muy similares; por ejemplo, cuando se presenta una demanda civil y ésta es examinada en el marco de una causa penal.

Tokio¹⁶⁰, así como a tratados internacionales en los que se tipifican delitos como el genocidio y el *apartheid*. En el memorando de la Secretaría se exponen estos argumentos con suficiente detalle¹⁶¹. Éstos fueron esgrimidos también por Bélgica ante la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁶². Como se sabe, la Corte, luego de reconocer la existencia de la inmunidad, expresó su desacuerdo con esos argumentos tanto en lo que respecta a la inmunidad *ratione personae* de los ministros de relaciones exteriores en funciones (y otros funcionarios amparados por esa inmunidad)¹⁶³, como en lo que atañe a la inmunidad *ratione materiae* de los exfuncionarios¹⁶⁴. Sin embargo, se sigue propugnando la idea de la existencia de la norma consuetudinaria antes mencionada. Uno de los principales argumentos en favor de esa idea, además de los citados anteriormente, consiste en remitir a todo un conjunto de fallos de tribunales nacionales que, en opinión de los partidarios de esa idea, son prueba de que la inmunidad no es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. A título de ejemplo de una de las exposiciones más recientes de esta posición, pueden citarse las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres ONG—Redress Trust, Amnistía Internacional y Justice— en las causas *Jones y Mitchell*¹⁶⁵. Esas

¹⁶⁰ Entre los fallos relativamente recientes de tribunales internacionales que se citan en ese sentido cabe destacar el fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, en el que se afirma, en particular, que las excepciones a la norma consuetudinaria del derecho internacional sobre la inmunidad funcional de los funcionarios del Estado «surge de las normas del derecho penal internacional que prohíben los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio. Bajo estas normas, los responsables de tales delitos no pueden invocar inmunidad de jurisdicción nacional o internacional, aun si cometieron los delitos actuando en sus capacidades oficiales» (caso IT-95-14, fallo de la Sala de Apelaciones sobre la solicitud presentada por Croacia para que se revisara la decisión de la Sala de Primera Instancia de 18 de julio de 1997 (mandamientos de presentación de instrumentos), 29 de octubre de 1997, párr. 41; véase también la nota 97 *supra*). En este fallo no se afirma que se haya formado una norma consuetudinaria de derecho internacional por la que se establezcan excepciones a la inmunidad *ratione materiae* ni se da ninguna explicación de por qué existen excepciones. Si se intentara elucidar a qué criterio se aproxima más la opinión del Tribunal, tal vez la respuesta apunte al criterio, anteriormente expuesto, según el cual las normas que prohíben los delitos mencionados en el fallo son, por naturaleza, normas de *jus cogens*. De otra forma, resulta difícil inferir de ese fallo por qué tales normas deberían prevalecer sobre la inmunidad.

¹⁶¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 197 a 204.

¹⁶² Véase la contramemoria de Bélgica de 28 de septiembre de 2001, párr. 3.5.13 y ss. Vale la pena destacar que en el párrafo 3.5.84 de esa contramemoria, la parte belga, en respuesta a posibles objeciones, en esencia equipara las consecuencias de la aplicación de la norma sobre las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* demostradas por ese país, adoptando al respecto una posición radical («otros jueces [...] en el fallo de 24 de marzo de 1999 [en la causa *Pinochet* n.º 3], al tiempo que consideraron que Pinochet no se beneficiaba de la inmunidad *ratione materiae*, hicieron reserva sin embargo del caso de la inmunidad *ratione personae*, es decir, la inmunidad del jefe de Estado en ejercicio; para Bélgica, esta reserva no está fundada teniendo en cuenta las normas internacionales mencionadas más arriba sobre el rechazo de la inmunidad por delitos de derecho internacional humanitario, normas que no distinguen entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*»).

¹⁶³ *C.I.J. Recueil 2002*, párr. 58.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 61. La CIJ también conocía, como es natural, del fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, antes mencionada (véase las notas 97 y 160 *supra*).

¹⁶⁵ Casos *Jones v. United Kingdom* (demanda 34356/06) y *Mitchell and Others v. United Kingdom* (demanda 4028/06) (nota 117 *supra*),

demandas contienen referencias a varios fallos de tribunales nacionales en apoyo del criterio antes expuesto. En particular, se hace referencia al enjuiciamiento penal en la jurisdicción nacional de funcionarios extranjeros que cometieron delitos durante la Segunda Guerra Mundial; la causa *Pinochet* y las causas incoadas contra funcionarios extranjeros en España, los Estados Unidos, Francia, Italia, los Países Bajos, el Senegal y Suecia¹⁶⁶. Para evaluar hasta qué punto estos fallos pueden considerarse pruebas de la existencia de la referida norma consuetudinaria de derecho internacional es necesario examinarlos más detenidamente, así como la reacción de los Estados interesados luego de que se dictaran algunos de esos fallos.

69. Los «miles de exfuncionarios de los países del Eje enjuiciados por delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial» de los que se habla en las demandas¹⁶⁷ fueron sancionados sobre la base del «derecho de Nuremberg» (en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se afirmó, como es bien sabido, que «[e]l cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de departamentos del Gobierno, no los exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena»¹⁶⁸). El Estatuto del Tribunal de Tokio y la Ley N.º 10 del Consejo de Control contienen disposiciones análogas¹⁶⁹, al igual que la legislación nacional aprobada durante la celebración del proceso. Ninguno de los materiales de que el Relator Especial tiene conocimiento en relación con los procedimientos penales incoados contra funcionarios que cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial aporta pruebas de que los Estados a los que esas personas habían prestado servicios defendieron la inmunidad de éstas respecto de la jurisdicción penal extranjera en tanto exfuncionarios¹⁷⁰. Esto se puede considerar como una prueba del acuerdo general que existe entre los Estados que ejercen jurisdicción y los Estados que recibieron los servicios de esas personas de que, en lo que respecta a los delitos mencionados cometidos por funcionarios de los países del Eje, no se aplica la norma de inmunidad. Sin embargo, al parecer esto no basta para confirmar la existencia en el derecho internacional de una norma general consuetudinaria relativa a la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de

comentarios escritos de Redress Trust, Amnistía Internacional y Justice, presentados ante el Tribunal los días 14 y 25 de enero de 2010.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 18 a 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, nota 37.

¹⁶⁸ 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 (*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.).

¹⁶⁹ Para el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), véase *ibid.* Para la Ley n.º 10, véase Telford Taylor, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, Washington D. C., U. S. Government Printing Office, 1949.

¹⁷⁰ La cuestión de la inmunidad se presentó como defensa en la causa *Eichmann*. No obstante, en este caso no se trataba de la inmunidad de un funcionario, sino de la inmunidad derivada de la presencia de A. Eichmann en la Argentina en calidad de fugitivo, respecto de actos que no estaban comprendidos en una ley oficial de extradición («inmunidad de un acusado fugitivo», teniendo en cuenta el «principio de especialización»). Véase Israel, Tribunal de Distrito de Jerusalén, *Israel v. Eichmann*, ILR, vol. 36.

delitos cometidos por otros funcionarios después de la Segunda Guerra Mundial¹⁷¹:

a) No existen pruebas de que en la causa *Ben Saïd* (ex-funcionario del consulado de Túnez), incoada en Francia en 2008, se haya examinado su inmunidad *ratione materiae* (como comisario de policía que cometió, en su condición de tal, el presunto delito de tortura). El fallo se dictó *in absentia* y no tuvo consecuencias prácticas¹⁷²;

b) En las causas incoadas en Italia en 2000-2001 contra siete exmilitares argentinos, entre ellos el general G. Suárez, acusados del asesinato o secuestro de ciudadanos italianos, se hizo referencia al período de la «guerra sucia». La Argentina no pidió a Italia que se abstuviera de ejercer su jurisdicción penal en relación con esas personas en virtud de su inmunidad¹⁷³. Se sabe que la Argentina, además, se propone encausar bajo su jurisdicción a militares involucrados en la «guerra sucia», a cuyo fin se han derogado las leyes de amnistía pertinentes, aunque en las causas contra estas personas no se plantea la cuestión de la inmunidad, sino la de la prioridad de jurisdicción¹⁷⁴;

c) En la causa incoada en los Países Bajos en 2008 contra el exdirector de los Servicios de Inteligencia y el ex Ministro de Seguridad del Afganistán (causa contra el director de los Servicios de Inteligencia Militar KhAD-e-Nezami)¹⁷⁵, se abordó la cuestión de la inmunidad (la acusación hacía referencia a delitos militares)¹⁷⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los acusados habían realizado esos actos en el curso de las operaciones militares en el Afganistán en el decenio de 1980 y que el actual gobierno del Afganistán no reclamó su inmunidad. La causa *Scilingo*, incoada en España, ya se abordó en el

presente informe¹⁷⁷. En este caso se puede hablar de la renuncia a la inmunidad por la Argentina¹⁷⁸.

70. En lo que respecta a las órdenes de detención a que se hace referencia en este contexto en las peticiones presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres ONG¹⁷⁹, cabe señalar lo siguiente:

a) Las órdenes de detención dictadas por España y Francia contra un grupo de altos funcionarios rwandeses provocaron protestas de Rwanda y de la UA. En particular, en una decisión aprobada por la undécima Cumbre de la Unión Africana se declaró que esas acciones violaban la soberanía y la integridad territorial de Rwanda y constituían un abuso de la jurisdicción universal¹⁸⁰. Como resultado de este incidente, en noviembre de 2006 Rwanda rompió relaciones diplomáticas con Francia, las cuales no se restablecieron hasta noviembre de 2009, y amenazó con interponer acciones judiciales contra ciudadanos franceses en respuesta a las acciones de Francia¹⁸¹. Estas medidas sólo generaron tensiones en las relaciones entre esos Estados¹⁸², que las partes interesadas han venido tratando de aliviar (como lo prueban las declaraciones del Presidente francés Sarkozy durante una visita oficial a Rwanda en febrero de 2010)¹⁸³. La causa incoada en Francia contra Rose Kabuye, jefa de protocolo del Presidente de Rwanda, a la que se hace referencia en las demandas presentadas por ONG¹⁸⁴, fue desestimada¹⁸⁵;

b) La ejecución de las órdenes de detención dictadas en España contra exfuncionarios de la Argentina, Guatemala y otros países, acusados de delitos graves de derecho internacional¹⁸⁶ ha tropezado con la compleja situación de conflictos entre jurisdicciones, no con la cuestión de la inmunidad;

c) Suecia dictó una orden de detención contra el ciudadano argentino A. Astiz, excapitán de la inteligencia

¹⁷¹ Van Alebeek (*op. cit.*, pág. 216) afirma que «[l]a legislación promulgada por algunos Estados después de la Segunda Guerra Mundial se limitó a delitos cometidos en la guerra y no constituyó tribunales con competencia general para entender en delitos contra el derecho internacional cometidos en el extranjero. Sólo en unos pocos casos los tribunales nacionales realmente ejercieron la jurisdicción universal, y todos estos juicios —como los casos *Eichmann* en Israel, *Barbie* en Francia, *Finta* en el Canadá y *Polyukhovich* en Australia— se trataba de delitos cometidos por los nazis».

¹⁷² Véase el caso *Khaled Ben Saïd*, Tribunal de Distrito de Estrasburgo, fallo de 15 de diciembre de 2008 (Federación Internacional de los Derechos Humanos, *L'affaire Khaled Ben Saïd*, GAJ, n.º 512, marzo de 2009).

¹⁷³ Véase «Disappeared, but not forgotten», *The Guardian*, 15 de junio de 2006.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, «Argentina holds 'Dirty War' trial», *BBC News*, 21 de junio de 2006.

¹⁷⁵ LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E).

¹⁷⁶ En la apelación de la defensa (*ibíd.*) se afirmó, entre otras cosas, que el tribunal «no estatuyó (*ex proprio motu*) que el enjuiciamiento [...] es inadmisibles por falta de jurisdicción ya que el imputado gozaba de inmunidad en su calidad de funcionario en esa época en el Afganistán» (párr. 7.1). En su respuesta a la apelación, la Corte Suprema de los Países Bajos declaró lo siguiente: «Los fundamentos de la apelación es inadmisibles si de los mismos resulta que el imputado no tenía derecho a la inmunidad de jurisdicción según se menciona en el párrafo 6.6 *supra* [donde dice, entre otras cosas, que '[s]i bien el artículo 8 del Código Penal [de los Países Bajos] no dispone, en efecto, que la aplicabilidad de las disposiciones neerlandesas sobre jurisdicción se encuentra limitada por las excepciones reconocidas en derecho internacional, esto [...] no es más que un reconocimiento estatutario de la inmunidad de jurisdicción derivada del derecho internacional'] sea en su calidad de ex jefe del servicio de inteligencia del Estado de Afganistán o en su calidad de viceministro de seguridad del Estado» (párr. 7.2).

¹⁷⁷ Véase el párrafo 16 *supra*.

¹⁷⁸ «Los tribunales españoles tiene jurisdicción para juzgar al excapitán de navío argentino Adolfo Scilingo, juzgado en España por genocidio y tortura, dijo el Secretario de Derechos Humanos de la Argentina Eduardo Duhalde en una entrevista a IPS», véase «Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser», IPS Inter Press Service, 18 de abril de 2005.

¹⁷⁹ Véase la nota 117 *supra*.

¹⁸⁰ «El carácter y el abuso políticos del principio de jurisdicción universal por jueces de algunos Estados no africanos contra dirigentes africanos, especialmente de Rwanda, constituye una clara violación de la soberanía y la integridad territorial de estos Estados», Decisión relativa al Informe de la Comisión sobre el abuso del principio de jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/14 (XI), párr. 5, apdo. ii) (Assembly/AU/ Dec.199(XI). Cabe suponer que esta situación fue una de las razones de los debates celebrados entre la UA y la UE sobre la jurisdicción universal. Véase también «African Presidents Condemn Western Indictments», Radio Nederland Wereldomroep, 2 de julio de 2008.

¹⁸¹ «Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest», *The Guardian*, 12 de noviembre de 2008.

¹⁸² «Smear against Rwanda unfounded, Spanish official said», *The Kigali New Times*, 17 de octubre de 2009; «Rwanda and Spain discuss genocide warrants», *Expatica.com*, 18 de octubre de 2009.

¹⁸³ Véase «On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits 'Grave Errors' in 1994 Genocide», *The New York Times*, 25 de febrero de 2010.

¹⁸⁴ Véase la nota 117 *supra*.

¹⁸⁵ Véase la nota 19 *supra*.

¹⁸⁶ España, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 1, Diligencias previas 331/1999 (2008).

militar, acusado de delitos cometidos durante el período de la «guerra sucia», y quien fue condenado a cadena perpetua en Francia. La Argentina se ha negado a extraditarlo a Francia¹⁸⁷ o a Suecia¹⁸⁸, y se propone llevarlo ante los tribunales de manera independiente, sin examinar la cuestión de la inmunidad. En cuanto a las causas relacionadas con delitos cometidos durante el período de la «guerra sucia», en general cuando se ha tratado de examinarlos en diversos Estados la cuestión fundamental ha sido la de la prioridad de jurisdicción¹⁸⁹;

d) La causa *Álvarez (Sosa c. Álvarez-Machain)*¹⁹⁰, que se menciona en las demandas de las ONG presentadas en los Estados Unidos, no se refería a la inmunidad de funcionarios de Estado extranjeros, mientras que, como ya se indicó (párr. 16 *supra*), en la causa seguida en el Senegal contra Hissein Habré se renunció a la inmunidad.

71. Huelga decir que las conclusiones extraídas del análisis de una serie de causas penales a las que se refirieron las tres ONG en las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están lejos de agotar la cuestión. No obstante, ofrecen razones suficientes para poner seriamente en duda la idea de que estos casos confirman la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario por la que se establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae* (sobre todo si se tienen en cuenta, además, tanto las decisiones de tribunales y organismos encargados de hacer cumplir la ley a nacionales en los que se ha afirmado de manera directa la inmunidad, como las reacciones de los Estados interesados). Antes bien, estos casos confirman los intentos por ejercer jurisdicción universal o jurisdicción penal nacional extraterritorial en relación con determinados delitos de derecho internacional, así como el hecho de que tales intentos distan mucho de ser siempre fructíferos.

72. No obstante, existe también la opinión de que la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario no se aplica en los casos de delitos respecto de los cuales un Estado extranjero ejerce jurisdicción universal o, de manera similar, jurisdicción penal extraterritorial¹⁹¹. No existe una definición generalmente aceptada de jurisdicción universal. A los fines del presente informe no se considera necesario examinar y definir el concepto de jurisdicción penal nacional universal ni determinar si ésta se diferencia —y, de diferenciarse, en qué lo haría— de la jurisdicción nacional extraterritorial. Parece suficiente tomar como base alguna de las definiciones existentes en la doctrina o en documentos de ONG. Por ejemplo, en una resolución de 2005, el Instituto de Derecho Internacional propone esta definición:

¹⁸⁷ Véase «Argentina rejects French Astiz bid», *BBC News*, 21 de septiembre de 2003.

¹⁸⁸ Véase «Astiz Freed: Extradition bid fails», *Mercopress*, 29 de enero de 2002.

¹⁸⁹ Un ejemplo notable es el caso del exoficial militar argentino Ricardo Cavallo (acusado de genocidio y terrorismo), que se examinó en España, y quien fue extraditado a la Argentina el 31 de marzo de 2008 (trial-ch.org).

¹⁹⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, 542 U.S. (2004).

¹⁹¹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 205 a 207.

La competencia universal en materia penal, en tanto fundamento adicional de competencia, incluye la competencia de un Estado de enjuiciar a todo sospechoso y de castigarlo si se lo reconoce culpable, con independencia del lugar de la comisión de los delitos y sin perjuicio de un vínculo de nacionalidad activo o pasivo, o de otros fundamentos de competencia reconocidos por el derecho internacional¹⁹².

Por otra parte, en la resolución se señala que la jurisdicción penal universal se basa fundamentalmente en el derecho internacional consuetudinario y se ejerce en relación con delitos internacionales tipificados en el derecho internacional, como genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario, salvo que se convenga otra cosa¹⁹³. Por consiguiente, se trata de los mismos delitos respecto de los cuales se presentan además otros argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*.

73. Se afirma, en particular, que la jurisdicción universal o extraterritorial respecto de delitos internacionales graves, por un lado, y la inmunidad de los funcionarios de jurisdicción penal extranjera, por otro, son incompatibles. Lord Phillips, Lord Brown-Wikilson y Lord Hope se refirieron al asunto en la causa *Pinochet n.º 3* (en que se abordó la cuestión de la jurisdicción sobre la base de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes)¹⁹⁴. Esta opinión existe en la doctrina¹⁹⁵. También aparece reflejada en el Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de violaciones graves de los derechos humanos, elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 2000. En dicho informe se observa, en particular, que

parecería que la noción de inmunidad por responsabilidad penal por delitos de derecho internacional cometidos en el ejercicio de una capacidad oficial, se trate de funcionarios en ejercicio o de ex funcionarios, es fundamentalmente incompatible con la propuesta de que las infracciones graves a los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal¹⁹⁶.

¹⁹² «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párr. 1. En 2009, expertos de la UA y la UE propusieron la siguiente definición: «La jurisdicción universal en materia penal es la afirmación por un Estado de su competencia para juzgar infracciones penales que se habrían cometido en el territorio de otro Estado por ciudadanos de otro Estado contra ciudadanos de otro Estado, cuando la infracción alegada no constituya una amenaza directa a los intereses vitales del Estado que afirma su competencia. En otras palabras, la jurisdicción universal equivale a la reivindicación, por un Estado, del derecho de entablar juicios en circunstancias en que ninguno de los vínculos tradicionales que constituyen la territorialidad, la nacionalidad, la personalidad pasiva o el principio de competencia real (o de protección) se verifica en el momento en que se comete la infracción alegada» (informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párr. 8).

¹⁹³ «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párrs. 2 y 3, apdo. a. En el informe de expertos citado en la nota anterior se examina asimismo la extensión de la jurisdicción penal universal a esos mismos delitos y a la piratería (párr. 9). Como señala Jessberger, «la gama de delitos que podrían ser enjuiciados bajo el principio de la universidad podría, al menos en teoría, bien extenderse más allá de los delitos graves de derecho internacional» («Universal jurisdiction», pág. 556). Véase asimismo una lista no exhaustiva de obras sobre la jurisdicción universal (*ibíd.*, pág. 558).

¹⁹⁴ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 205, y primera nota.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 206, primera nota.

¹⁹⁶ Asociación de Derecho Internacional, «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», pág. 416.

Debe señalarse, en cuanto a la afirmación ya citada del informe de la Asociación, que la cuestión examinada no es la de la inmunidad respecto de la *responsabilidad* penal, pues, sencillamente, tal inmunidad no existe. Como ya se ha observado, la inmunidad es sólo un obstáculo procesal a la aplicación de determinadas medidas de procedimiento penal.

74. A simple vista, la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal respecto de delitos internacionales graves aparece consagrada en la legislación de numerosos Estados. A su vez, a menudo un examen más detenido revela que dicha jurisdicción no es totalmente universal, por cuanto para ejercer jurisdicción es necesaria la existencia de algún vínculo con el Estado que la ejerce¹⁹⁷. La promulgación de esta legislación tiene por objeto, en particular, aplicar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y/o asegurar la aplicación del principio de la complementariedad. Se dan casos, ciertamente poco numerosos, en que esta legislación rechaza directamente la inmunidad de los funcionarios extranjeros¹⁹⁸. (Cabe preguntarse hasta qué punto se ajusta al derecho internacional esta legislación que rechaza el principio de inmunidad¹⁹⁹.) Aunque no en todos los casos, esta legislación en que se rechaza la inmunidad ha resistido la prueba de la práctica. En Bélgica, por ejemplo, fue enmendada, en particular, a fin de que se tuviera en cuenta la existencia de la inmunidad de

¹⁹⁷ Por ejemplo, en relación con la legislación de los Estados miembros de la Unión Africana y los de la Unión Europea, véase el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párrs. 16 a 18, y 22 a 25. Como observa Ambos (*loc. cit.*, págs. 445 y 446, nota 230), en referencia al estudio realizado por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional Comparado (véase *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Albin Eser et al. (eds.), 2003-2006), «la jurisdicción extraterritorial sobre la base de la jurisdicción universal se ve ‘prácticamente siempre limitada de una manera u otra, tanto si depende de una obligación internacional (basada en un tratado) de juzgar (en Austria, Belarús, China, Croacia, Estonia, Federación de Rusia, Grecia, Polonia, [Reino Unido:] Inglaterra y Gales) o en la presencia del sospechoso en el Estado del foro (Canadá, Croacia, España, Estados Unidos, Países Bajos, Serbia y Montenegro, Suiza). Sólo en casos excepcionales la jurisdicción universal se aplica a todos los delitos internacionales graves (Alemania, Australia, Eslovenia) o para algunos de ellos (Finlandia, Italia, Israel, Suecia)».

¹⁹⁸ En el párrafo 17 del informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) se hace referencia a por lo menos tres de esos Estados en África: la República Democrática del Congo, el Níger y Sudáfrica. El Relator Especial no tiene información sobre casos de aplicación de esa legislación y la reacción correspondiente de los Estados interesados. En Bélgica, el artículo 5, párr. 3, de la Ley relativa a la represión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de 1999 (*Moniteur Belge*, 23 de marzo de 1999) dispone que «[l]a inmunidad ligada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley». No obstante, en 2003, tras dictarse el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), se enmendó dicha ley. El nuevo párrafo 3 del artículo 5 estipula que «[l]a inmunidad internacional ligada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley, dentro de los límites establecidos por el derecho internacional» (véase Pierre d'Argent, «Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003», *jura falconis*, jg 40, 2003-2004, n.º 1, pág. 73). Ese mismo año volvió a enmendarse la ley, y sus disposiciones fueron incluidas en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. El artículo 1 *bis* del Código de Procedimiento Penal estipula en su parte pertinente: «Conforme al derecho internacional, se excluyen los enjuiciamientos respecto de: jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores extranjeros, durante el período en que ejercen sus funciones, así como otras personas cuya inmunidad es reconocida por el derecho internacional; personas que gozan de una inmunidad, total o parcial, fundada en un tratado vinculante para Bélgica».

¹⁹⁹ Véase la nota precedente.

los funcionarios extranjeros de conformidad con el derecho internacional. La inmunidad de que gozan los funcionarios conforme al derecho internacional es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal internacional no sólo en la legislación belga, sino también en la legislación de varios otros Estados²⁰⁰.

75. Anteriormente se examinaron varias causas penales nacionales derivadas del ejercicio de la jurisdicción penal universal o extraterritorial y que se citan en apoyo de la idea de la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que prevé excepciones a la inmunidad. En el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal se hace referencia a una serie de casos en los que se ha ejercido la jurisdicción penal universal respecto de funcionarios extranjeros²⁰¹. Algunos de esos casos implicaron a personas que gozaban de inmunidad personal, mientras que otros implicaron a personas que disfrutaban de inmunidad funcional (incluidos jefes de Estado y de gobierno, ministros de relaciones exteriores, ministros de defensa, entre otros ministros, y exfuncionarios). En el informe se observa:

Esos procedimientos corrieron suertes diversas: algunos obtuvieron condenas, pero la mayoría no lograron resultados por distintos motivos, en especial el reconocimiento de inmunidades acordadas por el derecho internacional²⁰².

76. Es evidente que los intentos de ejercer la jurisdicción penal universal, en la gran mayoría de los casos, tienen lugar en países en desarrollo respecto de funcionarios en ejercicio o exfuncionarios de países desarrollados. Estos últimos no perciben esos intentos como actos de administración de justicia, sino como un instrumento político para zanjar diversas cuestiones y como una manifestación de una política de doble rasero, que redundará menos en los resultados perseguidos por la administración de justicia que en dificultades en las relaciones entre los Estados²⁰³. Precisamente esta situación condujo al diálogo entre la UA y la UE sobre la cuestión de la jurisdicción universal, uno de cuyos resultados ha sido el informe citado. En una de las recomendaciones de ese informe se señala:

Las autoridades judiciales nacionales competentes en materia penal que consideran ejercer la jurisdicción universal con respecto a personas sospechadas de haber cometido delitos graves de carácter internacional tienen la obligación jurídica de tener en cuenta las inmunidades de que pudieren gozar los responsables de los Estados extranjeros en virtud del derecho internacional y por consecuencia tienen la

²⁰⁰ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*), párrs. 18 y 25. La orden de detención europea de 2002, cuyo ámbito de acción abarca, entre otros, delitos a los que se extiende la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, también contiene un artículo sobre prerrogativas e inmunidades y la renuncia a éstas (Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), art. 20 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 190/1, 18 de julio de 2002, pág. 8)). Igualmente, en la legislación de la Federación de Rusia se prevé directamente la inmunidad de los funcionarios de los Estados extranjeros respecto de actuaciones penales (art. 3, párr. 2, del Código de Procedimiento Penal). Véase el párrafo 38 del informe preliminar (nota 4 *supra*).

²⁰¹ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párrs. 24 y 26.

²⁰² *Ibid.*, párr. 26.

²⁰³ Véase, por ejemplo, *ibid.*, secc. IV.1 (Préoccupations de l'Afrique), párrs. 33 a 38, así como las notas 14 y 192 *supra*; Ambos, *loc. cit.*, págs. 444 y 445.

obligación de abstenerse de enjuiciar a los responsables que gocen de tales inmunidades²⁰⁴.

Esta recomendación elude la cuestión de si se mantiene o no la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario sobre el que se ejerza jurisdicción penal extranjera. No obstante, ni el contenido del informe, en que se resumen la práctica y las preocupaciones de numerosos Estados africanos y europeos, ni la recomendación citada son prueba de que la jurisdicción penal universal excluye ese tipo de inmunidad.

77. Si se parte de la idea de que la inmunidad es incompatible con la jurisdicción universal, entonces no está totalmente claro por qué ello vale sólo para la inmunidad funcional y no, además, para la inmunidad personal. Al examinar la relación entre la jurisdicción universal y la inmunidad en general o solamente la inmunidad *ratione materiae*, cabe recordar la posición de la CIJ a ese respecto en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, ya citada en el informe preliminar²⁰⁵, pero que también resulta importante en este contexto:

[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 mencionadas²⁰⁶.

78. Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, al parecer no existen argumentos suficientes que justifiquen de manera convincente las excepciones a la inmunidad examinadas. Al menos, el Instituto de Derecho Internacional, en una resolución sobre la jurisdicción penal universal respecto del delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, aprobada en 2005 (es decir, cuatro años después de aprobar su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, en la que el Instituto denegó a exjefes de Estado y de gobierno inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción extranjera en caso de cometer delitos graves de derecho internacional)²⁰⁷, se limitó a afirmar lo siguiente en el párrafo final de la resolución:

²⁰⁴ Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párr. 46, R8.

²⁰⁵ Informe preliminar (nota 4 *supra*), párr. 61.

²⁰⁶ *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59.

²⁰⁷ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», arts. 13 y 16. El artículo 13 dispone lo siguiente:

«1. Todo jefe de Estado que ya no esté en funciones no se beneficia de ninguna inviolabilidad en el territorio de un Estado extranjero.

2. No se beneficia de ninguna inmunidad de jurisdicción, tanto en materia penal como en materia civil o administrativa, excepto cuando se lo enjuicie por actos cometidos durante sus funciones y que forman parte de su ejercicio. Sin embargo, puede ser enjuiciado cuando los actos que se le imputen personalmente constituyan un delito de derecho internacional, cuando se hayan cometido principalmente para satisfacer un interés personal o cuando constituyan una apropiación fraudulenta de haberes o recursos del Estado.

Las disposiciones precedentes son sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el derecho internacional²⁰⁸.

79. El argumento examinado para fundamentar las excepciones a la inmunidad sobre la base de la jurisdicción universal es similar a otro, si bien menos generalizado, según el cual la inmunidad no se aplica si, respecto de un crimen presuntamente perpetrado por un funcionario extranjero, se aplica el principio *aut dedere aut judicare*. En el memorando de la Secretaría se observa que esa posición fue apoyada por Lord Saville de Newdigate en la causa *Pinochet n.º 3*²⁰⁹. En el informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, se habló de la inmunidad como uno de los obstáculos al funcionamiento eficaz de los sistemas de enjuiciamiento, que no son apropiados para los delitos de derecho internacional²¹⁰. Al mismo tiempo, al examinarse este tema en la Sexta Comisión se observó que el cumplimiento de esa obligación «no debía menoscabar [...] la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado»²¹¹. El Relator Especial no tiene pruebas de ninguna práctica generalizada entre los Estados, incluida la práctica judicial, o su *opinio juris*, que pueda confirmar la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal extranjera sobre esos funcionarios en virtud de la norma *aut dedere aut judicare*. Parece plenamente convincente la posición de la CIJ, que se presentó más arriba (párr. 77) en el contexto de la cuestión de la jurisdicción universal, y que se formuló en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, no sólo en lo que respecta a la relación entre inmunidad y jurisdicción universal, sino también a la obligación *aut dedere aut judicare*.

80. En la práctica, para justificar las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera, cuando ésta se ejerce respecto de delitos graves de derecho internacional, se suele recurrir a varios de los argumentos antes mencionados, posiblemente teniendo en cuenta que ninguno de ellos está lejos de ser incuestionable. Además, los partidarios de las excepciones no siempre se ponen de acuerdo sobre la pertinencia de uno u otro criterio. Numerosos juristas y ONG continúan planteando la cuestión de las excepciones

3. No se beneficia de ninguna inmunidad de ejecución.»

De conformidad con el artículo 16, el artículo 13 se aplica a exjefes de gobierno.

²⁰⁸ Instituto de Derecho Internacional, «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», párr. 6.

²⁰⁹ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 259. Lord Saville de Newdigate observó, en particular, lo siguiente: «En lo tocante a los Estados que son partes en la Convención, no puedo ver cómo, en lo que se refiere a la tortura, podría existir esa inmunidad de manera compatible con las expresiones de dicha Convención. Cada uno de los Estados parte ha convenido en que los demás Estados partes puedan ejercer su jurisdicción respecto de los funcionarios supuestamente torturadores que se encuentren dentro de sus territorios, extraditándolos o remitiéndolos a sus propias autoridades competentes para que los enjuicien; y entonces a mi parecer difícilmente se puede alegar simultáneamente una inmunidad de extradición o enjuiciamiento que necesariamente se funda en la naturaleza oficial de la supuesta tortura».

²¹⁰ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), pág. 283, documento A/CN.4/571, párr. 14.

²¹¹ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones (A/CN.4/588), párr. 161.

a la inmunidad *ratione materiae* en casos de delitos graves de derecho internacional. Esta posición quedó reflejada en dos resoluciones del Instituto de Derecho Internacional. Como ya se recordó, la resolución de 2001, en sus artículos 13 y 16, prevé esas excepciones en relación con exjefes de Estado y de gobierno. En la resolución relativa a la inmunidad de jurisdicción, en caso de delitos internacionales, de los Estados y las personas que actúan en nombre del Estado, aprobada por el Instituto en 2009, se señala que, de conformidad con el derecho internacional, las personas que actúan en nombre del Estado no gozan de ninguna inmunidad que no sea la inmunidad personal respecto de delitos internacionales, y que cuando esas personas cesan en el cargo o terminan la misión en virtud de los cuales disfrutaban de inmunidad personal, dicha inmunidad deja de existir²¹². Sin embargo, como se puede ver, esta opinión no sólo no prevalece en la doctrina, sino que tampoco parece influir de forma determinante en la práctica ni en las posiciones de los Estados.

81. Una cuestión que constituye un caso aparte es la ausencia de inmunidad *ratione materiae* cuando se comete un delito en el territorio del Estado que ejerza jurisdicción²¹³. En este caso no se trata necesariamente de delitos internacionales graves. Otro factor que, hipotéticamente, podría intervenir en favor de la prioridad de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se haya perpetrado un delito respecto de la inmunidad sería el hecho de que, de conformidad con el principio de la soberanía, el Estado posee poder y jurisdicción absolutos y supremos sobre su propio territorio. No obstante, no se debe olvidar que esta supremacía se ejerce teniendo en cuenta las excepciones establecidas por el derecho internacional y, en particular, la inmunidad de un Estado extranjero y sus funcionarios²¹⁴.

82. Como se señala en el memorando de la Secretaría:

Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a

²¹² «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», art. III. Este artículo dispone lo siguiente:

«Artículo III: Inmunidades de las personas que actúan en nombre de un Estado

1. Ninguna inmunidad es aplicable en el caso de los delitos internacionales, excepto la inmunidad personal de que gozaría un individuo en virtud del derecho internacional.

2. La inmunidad personal cesa al finalizar el período de las funciones o la misión de su beneficiario.»

Al mismo tiempo, de conformidad con el artículo IV de esta resolución, las disposiciones anteriores «no prejuzgan la existencia ni las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que este Estado, llegado el caso, puede hacer valer ante los tribunales de otro Estado.»

²¹³ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párrs. 162 a 165. Para un análisis del problema de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil de un Estado en cuyo territorio se haya realizado una actividad como resultado de la cual se hubieran infligido daños, véase, por ejemplo, Yang, «State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions».

²¹⁴ Véase el Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, 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 internacional» (*La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6), Nueva York, 2005, pág. 278).

considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no²¹⁵.

Algo que puede ser de importancia es el consentimiento del Estado receptor no sólo respecto del desempeño de las funciones, sino también de la propia presencia del funcionario extranjero en su territorio. En el contexto del tema aquí examinado es posible distinguir varios tipos de situación²¹⁶. Por ejemplo, un funcionario extranjero con el consentimiento del Estado que ejerce jurisdicción puede permanecer en el territorio de ese Estado y llevar a cabo la actividad que dio lugar a la comisión de un delito. Por otro lado, puede darse una situación análoga pero con la diferencia de que el Estado receptor no haya dado su consentimiento para realizar la actividad que dio lugar a la comisión de un delito. Por último, existen situaciones en que tanto la actividad como la propia presencia del funcionario extranjero en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción tienen lugar sin el consentimiento de ese Estado.

83. En lo que respecta al primer tipo de situación, no parece plantearse ningún problema en particular. El Estado en cuyo territorio se cometió el presunto delito dio de antemano su consentimiento para que el funcionario, mientras permaneciera y cumpliera funciones en su territorio, gozara de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial. Por ejemplo, si un funcionario extranjero que hubiera llegado a un Estado para participar en negociaciones cometiera, al dirigirse al lugar de las negociaciones, una infracción de las reglas del tránsito que conllevara responsabilidad penal en dicho Estado, cabe suponer que dicho funcionario gozaría de inmunidad.

84. En la segunda situación, la cuestión es determinar si existe inmunidad en los casos en que el ámbito de actividad del funcionario se ha definido de antemano y el Estado receptor ha dado su consentimiento para que se realice dicha actividad pero no la actividad que dio lugar a la comisión del delito. Por ejemplo, si el funcionario viniera a participar en negociaciones sobre agricultura pero al margen de esas negociaciones realizara actos de espionaje o terrorismo, se plantearían dudas acerca de si dicho funcionario disfruta de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor en relación con esos actos ilícitos. Ahora bien, en este caso lo importante es establecer hasta qué punto la actividad que dio lugar a la comisión del delito está relacionada con la actividad para la cual dio su consentimiento el Estado receptor. En esta situación, por un lado, los actos del funcionario son de carácter oficial, se atribuyen al Estado a cuyo servicio trabaja (o trabajó) esa persona y, por lo tanto, existen razones para plantear la cuestión de la inmunidad de esa persona, sobre la base de la soberanía de ese Estado. Por otro lado, ese Estado, en la persona de su funcionario, realizó actividades en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último a tal efecto, es decir, en violación de la soberanía de este último Estado²¹⁷.

²¹⁵ Párr. 163.

²¹⁶ Debe subrayarse que el Relator Especial se está refiriendo sólo a la inmunidad *ratione materiae*. Las inmunidades de los funcionarios consulares y del personal de las misiones especiales no forman parte de este tema, si bien podría ser útil establecer determinadas analogías.

²¹⁷ A juicio de van Alebeek (*op. cit.*, pág. 129), a la hora de evaluar una situación en la que esté en juego la inmunidad de un funcionario

85. Si el Estado no hubiera dado su consentimiento a la presencia de un funcionario extranjero y a la actividad que dio lugar a la comisión de un delito en su territorio, cabría suponer que existirían razones suficientes para que el funcionario no disfrutara de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción de ese Estado. En la situación examinada en los párrafos anteriores, el Estado, al haber consentido la presencia y la actividad de un funcionario extranjero en su territorio, consintió de antemano la inmunidad de esa persona, en relación con sus funciones oficiales. Si, en cambio, no se hubiese dado tal consentimiento y la persona no sólo hubiera actuado ilícitamente, sino además permanecido ilícitamente en el territorio de ese Estado, sería muy difícil hacer valer su inmunidad. El espionaje, los actos de sabotaje y el secuestro de personas, entre otros, son ejemplos de este tipo de situación. En las actuaciones judiciales relativas a casos de ese tipo, la inmunidad o bien se ha invocado pero no se ha tenido en cuenta²¹⁸, o ni siquiera se ha afirmado²¹⁹. Cabe también observar que en causas como *Distomo*²²⁰ y *Ferrini*²²¹, en las que los tribunales griegos e italianos no reconocieron la inmunidad de Alemania respecto de la jurisdicción de Italia, se juzgaron delitos cometidos en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²². El fallo dictado en la causa *Bouzari*, en la que un tribunal canadiense reconoció la inmunidad a pesar del hecho de que la tortura estaba prohibida por una norma imperativa, contiene pasajes de los que se podría concluir, de interpretarlos *a contrario*, que el fallo habría podido ser otro si la tortura se hubiera cometido en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²³.

86. Las situaciones examinadas pueden ocurrir con cualquier funcionario de Estado, incluido el personal militar.

extranjero, es importante determinar si sus actos son de por sí penalmente sancionables según las leyes del Estado en cuyo territorio se realizaron («Si se pide que un funcionario oficial del Estado rinda cuentas, depende de si se trata de un acto particular que de hecho constituye una violación de la legislación nacional del Estado cuya soberanía territorial ha sido violada o si sólo fue violada una norma interestatal»). Véanse también los ejemplos citados por la autora de fallos de tribunales nacionales en casos de funcionarios extranjeros que cometieron delitos en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción.

²¹⁸ Véase el caso de los agentes de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos arrestados en Italia tras ser acusados de secuestrar a una persona en 2003 (memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), primera nota del párrafo 163).

²¹⁹ Por ejemplo, la causa *Rainbow Warrior* (ibíd., nota del párrafo 162). Se puede dar la circunstancia, no obstante, de que un funcionario, en el desempeño de sus funciones oficiales, se encuentre en el territorio de un Estado extranjero sin su consentimiento, aunque no premeditadamente. La única actividad penalmente sancionable del funcionario en ese caso es el cruce ilegal de la frontera. Cabe suponer que en esa situación existirían fundamentos para plantear la cuestión de la inmunidad. Por ejemplo, en 2005, durante la realización de maniobras, un avión militar ruso penetró involuntariamente en el espacio aéreo de Lituania y se estrelló, tras lo cual se iniciaron en ese país actuaciones penales contra el piloto, que había sobrevivido. La Federación de Rusia planteó la cuestión de si el piloto, que había ingresado accidentalmente en el territorio de un Estado extranjero en el desempeño de sus funciones, disfrutaba de inmunidad respecto de la jurisdicción de ese Estado (véanse las declaraciones formuladas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia el 19 de septiembre de 2005 en relación con ese caso, disponibles en www.mid.ru/brp_4.nsf/).

²²⁰ *Prefectura de Voioitia c. Alemania* (nota 141 *supra*).

²²¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania* (nota 141 *supra*).

²²² En la doctrina se ha expresado la opinión de que fue precisamente por esta circunstancia que no se reconoció la inmunidad de Alemania en esas causas (véase Yang, «*Jus cogens and State Immunity*», págs. 164 a 169).

²²³ Por ejemplo *Bouzari v. Iran* (véase la nota 153 *supra*), párr. 63.

Además, la cuestión del procesamiento penal y la inmunidad del personal militar por delitos cometidos durante un conflicto armado en el territorio de un Estado que ejercía jurisdicción parece estar regulada, en primer lugar, por el derecho humanitario, y representa un caso especial que no debe analizarse en el marco del presente tema.

87. En la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 se afirma que un exjefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) puede ser objeto de enjuiciamiento penal cuando sus actos «se hayan cometido principalmente para satisfacer un interés personal o cuando constituyan una apropiación fraudulenta de haberes o recursos del Estado»²²⁴. Dos otros casos en los que un exjefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) no gozan de inmunidad *ratione materiae* se han añadido, por tanto, a la situación relacionada con la comisión de los delitos internacionales más graves. Así, a juicio de los autores de la resolución, incluso un funcionario que goce de inmunidad personal y actúe en ejercicio de sus funciones oficiales con fines de enriquecimiento personal perdería, al dejar de cumplir con su deber, la protección que le otorga la inmunidad *ratione materiae*. Distintos autores han expresado una opinión análoga en la doctrina, en relación con métodos similares de enriquecimiento personal en el ejercicio de funciones oficiales²²⁵. Si esas actividades propias de un funcionario no se consideraran oficiales, podría entenderse esa opinión. Sin embargo, por cuanto se sigue atribuyendo carácter oficial a esas actividades de un funcionario y, consecuentemente, de un Estado, surgen determinadas dudas acerca del fundamento de esa posición. Se ha consagrado toda una serie de tratados internacionales a la lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios²²⁶. En esos tratados se tipifican como delitos esos actos realizados por funcionarios (incluidos los que pueden llevarse a cabo sólo con la ayuda de una función o cargo oficiales) y se especifican las obligaciones y los derechos de los Estados en cuanto al establecimiento y ejercicio de la jurisdicción penal respecto de tales actos realizados por funcionarios. En algunos tratados no se aborda la cuestión de la inmunidad de los funcionarios extranjeros respecto de la jurisdicción penal²²⁷. En otros tratados se incluyen cláusulas en las que se estipula que sus disposiciones no deben aplicarse en detrimento de las disposiciones de otros tratados internacionales en lo que respecta a la renuncia de la inmunidad de esas personas²²⁸. Al parecer, la manera más simple de zanjar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera en caso de cometer delitos con fines de enriquecimiento

²²⁴ Véase la nota 207 *supra*.

²²⁵ Véase el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 211.

²²⁶ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, y la Convención para prevenir y combatir la corrupción, de la OUA.

²²⁷ Al mismo tiempo, se encuentran disposiciones relativas a la inmunidad de los propios funcionarios de un Estado (véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el párrafo 5 del artículo 9 de la Convención para prevenir y combatir la corrupción, de la OUA).

²²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 16 del Convenio de derecho penal sobre la corrupción; y el párrafo 4 del artículo 4 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

personal sería incluir las disposiciones adecuadas en un tratado internacional dedicado a combatir esos delitos. Esto, sin embargo, no ha ocurrido, a menos, desde luego, que se considere que en esos tratados se dispone la renuncia implícita a la inmunidad.

88. Es probable que para zanjar la cuestión de si en los casos examinados un funcionario goza de inmunidad respecto de jurisdicción penal extranjera sea, no obstante, necesario examinar en cada caso concreto la cuestión de si el acto que condujo al enriquecimiento ilícito, por ejemplo, fue un acto realizado por esa persona en el ejercicio de sus funciones oficiales o a título personal. Se sabe de situaciones en las que se ejerció jurisdicción extranjera respecto de delitos de esa índole y en las que el Estado no se pronunció sobre la inmunidad de su propio funcionario. Tal fue el caso, por ejemplo, en la causa *Marcos*, seguida en los Estados Unidos contra el ex Presidente de Filipinas²²⁹. Al tiempo que en la causa *Adamov*, seguida contra el ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, la cuestión de su extradición a los Estados Unidos o a la Federación de Rusia fue examinada por el Tribunal Federal de Suiza, la Federación de Rusia invocó la inmunidad de su exfuncionario respecto de la jurisdicción penal de los Estados Unidos y observó, entre otras cosas, que el enriquecimiento ilícito del que se acusaba a Adamov había tenido lugar en la Federación de Rusia como resultado de sus actividades oficiales (abuso de cargo)²³⁰.

89. Lo antes expuesto no permite afirmar que las disposiciones de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 anteriormente citadas reflejan una norma de derecho internacional consuetudinario²³¹. Al mismo tiempo, la inmunidad *ratione materiae* no parece proteger a un funcionario contra las actuaciones penales de un

²²⁹ En el fallo en la causa *Marcos* (Suiza, Tribunal Federal, 2 de noviembre de 1989 (ATF 115 Ib 496 consid. 5 b; en Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1990», pág. 533; véase también ILR, vol. 102, pág. 198), el Tribunal Federal de Suiza no se detuvo a hacer un análisis detallado de la naturaleza de la actividad de esa persona, una vez establecido que el encausado no gozaba de inmunidad en virtud del hecho de que Filipinas se había negado a reconocer el carácter oficial de esa actividad. En el fallo sobre esta causa en los Estados Unidos (*In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d, pág. 1111; véase también ILR, vol. 81, pág. 599) se produjo una situación similar: el Gobierno de Filipinas informó al Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el marco de esta causa, de la renuncia a la inmunidad de Marcos. En la causa *United States v. Noriega and Others* (117 F.3d 1206; véase también ILR, vol. 99, pág. 145 y el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*), párr. 211 y última nota a ese párrafo), un tribunal de los Estados Unidos denegó la inmunidad a Manuel Noriega, exjefe de Estado de Panamá, sobre la base de que el Gobierno de los Estados Unidos no había reconocido la inmunidad de Noriega como jefe de Estado en el momento en que éste había realizado los actos correspondientes. Panamá no afirmó la inmunidad de Noriega. En otras palabras, en este caso la naturaleza de los actos realizados por el encausado no fue un factor determinante. Si el poder ejecutivo de los Estados Unidos hubiera reconocido la legitimidad de la autoridad de Noriega, evidentemente también se habría reconocido su inmunidad. Véase por ejemplo, Heidi Altman, «The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon», 2002, pág. 6, disponible en www.scribd.com.

²³⁰ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, párr. 3.4.2; véanse también las declaraciones de 18 de mayo de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia (www.mid.ru).

²³¹ Véase la opinión de Hazel Fox citada en el memorando de la Secretaría (nota 5 *supra*) (párr. 209), de que la cuestión estriba en que esas disposiciones del artículo 13 de la resolución están redactadas *de lege ferenda*.

Estado soberano en relación con sus activos personales (por ejemplo, fondos depositados en bancos extranjeros) en el marco de procedimientos penales incoados en relación con un presunto delito cometido por ese funcionario con fines de enriquecimiento personal. Tales actuaciones no pueden interpretarse como restricciones al desempeño de sus funciones oficiales.

3. CONCLUSIONES SOBRE LAS EXCEPCIONES

90. A juicio del Relator Especial, lo antes expuesto demuestra que, de examinarse detenidamente, los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes. Esos argumentos continúan siendo objeto de debate en la doctrina. La práctica de los Estados está lejos de ser uniforme en ese sentido. El fallo en la causa *Pinochet* impulsó el debate sobre esta cuestión pero no condujo al establecimiento de una práctica jurídica homogénea. Al respecto, es difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional, así como tampoco se puede afirmar de manera definitiva que existe una tendencia al establecimiento de esa norma. En este sentido, constituye un caso aparte la situación en que el Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito ejerce jurisdicción penal y que no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad.

91. Cabe preguntarse hasta qué punto es deseable establecer nuevas restricciones a la inmunidad *de lege ferenda*. A ese respecto, deben recordarse algunas de las recomendaciones, incluidas las anteriormente citadas, contenidas en el informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal:

R6. Cuando ejercen la competencia universal sobre delitos graves de alcance internacional [...], los Estados deben tener presente que es necesario evitar poner en peligro las relaciones amistosas entre los Estados. [...]

R8. Las autoridades judiciales nacionales competentes en materia penal que consideran ejercer la jurisdicción universal con respecto a personas sospechadas de haber cometido delitos graves de carácter internacional tienen la obligación jurídica de tener en cuenta las inmunidades de que pudieren gozar los responsables de los Estados extranjeros en virtud del derecho internacional y por consecuencia tienen la obligación de abstenerse de enjuiciar a los responsables que gocen de tales inmunidades²³².

92. Resulta discutible, además, que establecer tales excepciones en el derecho internacional general y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la jurisdicción penal nacional sobre los funcionarios extranjeros sea deseable para los fines de la lucha contra la impunidad, como complemento de la jurisdicción penal internacional o de la jurisdicción del Estado a cuyo servicio se encuentra (o se encontraba) el funcionario, si ese Estado no enjuiciara a dicho funcionario²³³. La legislación de

²³² Informe del grupo de expertos UA-UE sobre el principio de la jurisdicción universal (nota 14 *supra*) párr. 46, R6 y R8.

²³³ Véanse las intervenciones del Sr. McRae (*Anuario... 2008*, vol. I, 2984.ª sesión, párr. 19), la Sra. Jacobsson (*ibíd.*, 2985.ª sesión, págs. 5 y 6), y el Sr. y Vargas-Carreño (*ibíd.*, 2987.ª sesión, párr. 17).

algunos países contempla este tipo de ejercicio subsidiario de la jurisdicción penal²³⁴. Sin embargo, la posibilidad de ejercer jurisdicción, prevista en la legislación, no significa, como se desprende de lo antes dicho, que se deban establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros.

93. Otra cosa es que los Estados están en su incuestionable derecho de establecer restricciones a la inmunidad de sus funcionarios en relación con sus respectivas jurisdicciones extranjeras mediante la concertación de tratados internacionales²³⁵. En ese sentido, la Comisión podría examinar, junto con la codificación del derecho internacional consuetudinario actualmente vigente, la posibilidad de redactar un protocolo facultativo o cláusulas modelo sobre las restricciones o las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera.

G. Resumen

94. A manera de resumen del contenido del presente informe, cabe formular, en particular, las siguientes consideraciones:

a) En general, la inmunidad de los funcionarios de Estado, y la inmunidad del propio Estado, respecto de la jurisdicción penal extranjera es una norma de carácter general, mientras que la ausencia de inmunidad en cualquier caso particular constituye una excepción a esa norma;

b) Los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad en relación con los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales, por cuanto esos actos son actos del Estado al que esos funcionarios sirven;

c) No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente existan razones para afirmar que un acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, se atribuye a ese Estado y se considera como un acto del Estado, al tiempo que a los efectos de la

inmunidad respecto de la jurisdicción ese mismo acto deja de atribuirse al Estado y se considera solamente un acto del funcionario. La cuestión relativa a la definición del carácter del comportamiento de un funcionario —oficial o personal— y, consecuentemente, a la atribución de ese comportamiento al Estado, deberá, por lógica, examinarse primero que la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de ese comportamiento;

d) La atribución de carácter oficial al comportamiento de un funcionario no depende de los motivos de esa persona o del contenido de su comportamiento. Lo que importa es el hecho de que el funcionario actúa en esa capacidad. Es necesario diferenciar entre el concepto de «acto de un funcionario en cuanto tal», es decir, de «acto oficial», y el concepto de «acto comprendido en sus funciones oficiales». El primero es un concepto más amplio y abarca el segundo;

e) No son iguales el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de sus funcionarios, a pesar de que en esencia se trata de una misma inmunidad. Un funcionario que realice un acto comercial disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera si ese acto se atribuye al Estado;

f) La inmunidad *ratione materiae* es extensiva a los actos *ultra vires* de los funcionarios, así como a sus actos ilícitos;

g) La inmunidad *ratione materiae* no es extensiva a los actos realizados por un funcionario antes de asumir su cargo; un exfuncionario disfruta de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados por ese funcionario durante el tiempo en que ejerció las funciones oficiales de su cargo;

h) En la inmunidad *ratione materiae* difícilmente puede influir el carácter de la estancia de un funcionario o ex funcionario en un país extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Evidentemente, independientemente de que se encuentre en el extranjero en visita oficial o a título personal, dicho funcionario disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos realizados en ejercicio de su cargo;

i) La inmunidad *ratione personae*, de la que goza una categoría reducida de altos funcionarios del Estado, es extensiva a los actos ilícitos realizados por un funcionario, tanto en el desempeño de sus funciones oficiales como a título personal, incluidos los actos realizados antes de asumir su cargo. Esto se conoce como inmunidad absoluta;

j) La inmunidad personal que está ligada al ejercicio de determinados altos cargos es de carácter temporal y deja de existir cuando la persona cesa en su cargo. La inmunidad *ratione personae* no es afectada ni por el hecho de que los actos respecto de los cuales se ejerza jurisdicción hayan sido realizados al margen de las funciones oficiales del funcionario ni por la índole de su estancia en un país extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce jurisdicción;

k) El alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios en ejercicio varía

²³⁴ Véase Ambos, *loc. cit.*, págs. 414, 423 y 440.

²³⁵ El artículo 12 del Protocolo para la prevención y la sanción del delito de genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y todas las formas de discriminación (aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos el 29 de noviembre de 2006) se refiere a la aplicación a «autoridades oficiales» de sus disposiciones relativas a la lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Esas disposiciones «se deben aplicar igualmente a todas las personas sospechadas de haber cometido infracciones a las que se aplica el presente Protocolo, cualesquiera sea la condición jurídica de esas personas. En particular, la condición oficial del jefe de Estado, de gobierno, o de un miembro oficial de un gobierno o parlamento, o un representante o agente elegido del Estado no servirá en modo alguno como protección o barrera de su responsabilidad penal». Es posible que las partes en el Protocolo consideren que este artículo excluye la inmunidad de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal de cualquiera de las partes, a pesar de que en el Protocolo no se habla directamente de restricción o exclusión de la inmunidad (desafortunadamente, el Relator Especial no tiene conocimiento de la aplicación en la práctica de la citada disposición del Protocolo por los tribunales de los Estados partes).

dependiendo de la categoría del cargo que desempeñen. Todo funcionario en ejercicio goza de inmunidad respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Solamente algunos altos funcionarios en ejercicio disfrutaban de inmunidad también respecto de actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los exfuncionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo exfuncionario disfrutaba de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial durante su permanencia en el cargo;

l) A un funcionario extranjero contra quien se hayan presentado cargos (como presunto autor de un delito, o persona sospechosa, entre otros) no se le pueden aplicar medidas de procedimiento penal de carácter restrictivo que interfieran con el desempeño de sus funciones al imponerle una obligación jurídica, cuando esa persona disfrutaba de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, siempre que las medidas del caso estén relacionadas con un delito cometido por el funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales. Tales medidas no se pueden aplicar en relación con ningún funcionario extranjero que intervenga en las actuaciones penales en calidad de testigo si esa persona disfrutaba de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, si la causa en cuestión entraña la comparecencia de esa persona para prestar testimonio respecto de actos realizados por ella misma, o respecto de actos de los que el funcionario en cuestión tomó conocimiento como resultado del cumplimiento de sus funciones oficiales;

m) La inmunidad existe tanto mientras el funcionario permanezca en el extranjero como mientras el funcionario permanezca en el territorio del Estado a cuyo servicio

se encuentra o se encontraba. Las medidas de procedimiento penal que impongan una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de ese funcionario, independientemente de que esa persona se encuentre en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La obligación de adoptar tales medidas contra un funcionario extranjero se contraviene desde el momento en que se adopta una medida, y no sólo cuando el funcionario contra el cual se haya adoptado esa medida se encuentre en el extranjero;

n) Los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes;

o) Resulta difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una norma establecida en el derecho internacional consuetudinario, del mismo modo que no se puede afirmar de manera definitiva que exista una tendencia al establecimiento de esa norma;

p) Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad²³⁶.

²³⁶ El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musikhin por la ayuda prestada en la preparación de este informe.